L Bianchi.

Blätter

für

Rechtspflege

in Thüringen und Anhalt

unter Mitwirkung der Herren

Dr. G. Emminghaus, Dr. Heerwart, Dr. Heimbach, Reinhold Schmid,
Geh. R.Rath in Weimar. Gh. JR. in Eisenach. OAGRath in Jena. KGAssessor in Weimar.

herausgegeben von

Dr. J. Chr. Hotzel,
OAGRath in Jena.

Zweiter Band.

Jena,
Druck und Verlag von Friedrich Frommann.
1855.

Rec. July 25, 1901

Schlußwort
der Redaction zum zweiten Band.

Mit der gegenwärtigen Nummer schließt der zweite Jahrgang dieser Zeitschrift.

Der vorhinnige wie der gegenwärtige Herausgeber derselben ist nach Kräften bemüht gewesen, dieselbe dem ihr in dem Vorwort S. 1. Bd. I. gesteckten Ziele immer näher zu bringen. Daß dieses ihr Streben kein fruchtloses war und ist, dafür spricht der sich immer mehr erweiternde Kreis ihrer Leser und Mitarbeiter, sowie der Umstand, daß die betreffenden hohen Staatsregierungen ihre Justizbehörden ermächtigt haben, diese Zeitschrift auf Kosten ihrer Verwaltungscassen anzuschaffen. Auch die in dem Vorwort S. 3. Bd. I. ausgesprochene Hoffnung, daß sie auch außerhalb der Grenzen der thüringischen Staaten Freunde und Mitarbeiter finden werde, ist bereits in Erfüllung gegangen, wie in letzterer Beziehung der S. 211 ff. ersichtliche Aufsatz des geehrten Herrn Verfassers ergiebt, in jener Beziehung aber neben den vielfachen Allegaten, welche Schletter's Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft *c. aus den Blättern für Rechtspflege *c. enthalten, in dem Gerichtssaal 7. Jahrgang S. 319. bei der Anzeige von dem Erscheinen dieser Blätter von dem Herrn Staatsrath v. Arnold in München unter anderem bemerkt ist: „Man würde sehr irren, wenn man dergleichen Zeitschriften nur für die treffenden Staaten von Interesse erachtete: auch die hier angezeigten Blätter haben für ganz Deutschland Interesse: aus dem Civilrecht und Civilproceß sind auch gemeinrechtliche Fragen behandelt und aus dem Strafrecht und Proceß findet man interessante Abhandlungen über allgemeine in ganz Deutschland als wichtig anerkannte Fragen. Statistische Notizen aus einzelnen Ländern gewähren jedem Juristen, insbesondere denen, welche sich für Gesetzgebung interessiren, schätzenswerthe Aufschlüsse."

Diesen erfreulichen Erfolg verdankt die Redaction hauptsächlich der gefälligen Mitwirkung derjenigen Herrn Fachgenossen, welche sie bis jetzt durch Einsendung von Beiträgen bei diesem Unternehmen unterstützt haben, und sie fühlt sich gedrungen, dieses hiermit öffentlich auszusprechen.

Der dermalige Herausgeber muß bei dieser Gelegenheit aber noch einmal auf die bereits S. 226 ausgesprochene Bitte zurückkommen, welche zu-

nächst dahin geht, daß aus allen denjenigen Gebietstheilen, deren Rechtszustand zu besprechen sich diese Zeitschrift zur Aufgabe gestellt, zweckentsprechende Beiträge eingesendet werden mögen, um die Redaction in den Stand zu setzen, in den einzelnen Nummern auch eine angemessene territoriale Abwechslung eintreten lassen zu können, was bisher nicht durchgängig möglich war; sodann aber nochmals und ganz besonders darauf aufmerksam machen, wie nöthig es ist, daß bei Darstellung von Rechtsfällen die Herren Mitarbeiter sich der möglichsten Kürze in der Darstellung des Actenstoffs befleißigen und dadurch den Herausgeber der Mühe überheben, eine solche Abkürzung selbst vornehmen zu müssen, weil außerdem bei dem so sehr beschränkten Raum dieser Blätter der Abdruck der eingesendeten Aufsätze zu lange verzögert wird. Dieser enge Raum hat selbstverständlich seinen Grund in dem Bestreben gehabt, den Preis dieser Zeitschrift möglichst niedrig zu stellen und so die Anschaffung derselben auch minder Bemittelten zu erleichtern.

Daß die in dem Vorwort zugesagte literarische und bibliographische Umschau von S. 69. an abgebrochen und nicht weiter fortgesetzt worden ist, dafür enthält S. 66. bereits den nöthigen Aufschluß, sie wird aber auf deßhalb zu erkennen gegebenen Wunsch in etwas veränderter compendiöserer Form im nächsten Jahrgang wieder aufgenommen werden.

Bei der S. 125 ff. gegebenen Übersicht der Gesetzgebung der thüringischen Staaten im Gebiete des Civilprocesses und Privatrechts war der Plan auf eine gleiche übersichtliche das Strafrecht und das Strafverfahren umfassende Darstellung mit gerichtet und der Herausgeber hatte es übernommen, diese Darstellung zu geben, sie ist aber bis jetzt noch ausgesetzt geblieben, weil in dem Herzogthum Coburg-Gotha die Einführung des neuen Strafverfahrens dem Vernehmen nach noch immer in der Vorbereitung begriffen, für das Fürstenthum Reuß jüngerer Linie aber es noch ungewiß ist, ob daselbst überhaupt in der Kürze eine gleiche Umgestaltung des Verfahrens in Strafsachen noch beabsichtigt wird oder nicht.

Schließlich bemerkt der Herausgeber noch, daß der Herr Verleger seine Bereitwilligkeit zu erkennen gegeben hat, künftig die Bogenzahl dieser Blätter angemessen zu vermehren, sobald durch erhöheten Absatz der durch diese Erweiterung des Raums sich steigernde Aufwand an Papier, Druckkosten, Honorar rc. gedeckt werden wird, weßhalb die sehr wünschenswerthe baldige Herbeiführung der Vermehrung der Bogenzahl dieser Zeitschrift ohne Preis-Erhöhung von nun an ganz in die Hände des juristischen Publicums gelegt ist.

Jena, den 24. Nov. 1855.

Dr. C. Hotzel.

Inhaltsverzeichniß zu dem zweiten Jahrgang.

Strafrecht und Strafverfahren.

Civilrecht.

Civilproceß.

Staatsrecht.

Literarische und bibliographische Umschau.

Statistische Notizen.

Biographische Notizen.

Übersicht der Gesetzgebung der thüringischen Staaten.

Blätter für Rechtspflege
in Thüringen und Anhalt

unter Mitwirkung der Herren

Dr. G. Emminghaus, Dr. Heerwart, Dr. Heimbach,
Geh. Reg.-Rath in Weimar. Geh. Justizrath in Eisenach. OAGRath in Jena.

herausgegeben von

Reinhold Schmid,
Kreisgerichts-Assessor in Weimar.

Zweiter Band.

1855. Preis des Jahrgangs 2 Thlr. 20 sgr. **Nro. 1. 2.**

Actenmäßige Darstellung civil- und criminalrechtlicher Entscheidungen.

Über die Erbansprüche außerehelicher Kinder an den Nachlaß ihres Vaters im Herzogthum Coburg.

Elisabetha Gr. behauptete in ihrer Klage, daß ihre Mutter in Folge eines zwischen dem 1. bis zum 8. Mai 1825 gepflogenen Beischlafs vom H. außerehelich geschwängert worden sei und sie, die Klägerin, am 7. Februar 1826 geboren habe. Ihr außerehelicher Vater H. sei mehrere Jahre danach ohne Hinterlassung ehelicher Abkommen, ohne letztwillige Verfügung und ohne eine Ehegattin gestorben, weßhalb sie den sechsten Theil der Verlassenschaft ihres außerehelichen Vaters beanspruche. Nach abgesetztem Verfahren ertheilte das Herzogl. Justiz-Collegium das gewöhnliche Beweisinterlocut und bemerkte in den Entscheidungsgründen:

„Nach altrömischem Rechte hatten die illegitimen Kinder, sie möchten naturales, spurii, vulgo quaesiti, adulterini oder incestuosi sein, „keinerlei Ansprüche an dem Vermögen oder dem Nachlasse ihres Vaters. Erst Justinian räumte in der Nov. 18 u. 89. den natürlichen „Kindern, d. h. denjenigen illegitimen Kindern, welche mit einer Concubine gezeugt worden waren, unter gewissen Bedingungen ein Erbrecht an dem Vermögen ihres Vaters ein und zwar aus dem Grunde, „weil der Concubinat bei den Römern eine erlaubte Verbindung war. Glück, Intestaterbfolge §. 128 u. 130.

„Nachdem aber durch die deutschen Reichsgesetze, unter andern durch „die Reichspolizeiordnung von 1577 der Concubinat untersagt und als „eine unerlaubte Verbindung erklärt worden war, wurde es zweifelhaft, „ob der vor der Novelle 18 u. 89. bestandene Zustand bezüglich der „Erbrechte der illegitimen Kinder wieder ins Leben getreten sei, oder „ob die durch Justinian nur den natürlichen Kindern eingeräumten Erbrechte allen übrigen außerehelichen Kindern zuzugestehen seien? In „den verschiedenen deutschen Ländern bildete sich darüber eine verschiedene Praxis aus, und ebenso verschieden waren die darüber im Laufe „der Zeit erschienenen deutschen Particulargesetze. So hat zum Beispiel „das preuß. Landrecht, Th. 2. Tit. 2. §. 652. den außerehelichen Kindern unter gewissen Bedingungen Erbrechte an dem Nachlasse ihres „Vaters eingeräumt, während im Königreich Sachsen das Generale „vom 12. November 1804 und neuerdings das Gesetz vom 31. Januar „1829 §. 17 u. 18., im Herzogthum Gotha der §. 61. des Mandats „vom 29. Juni 1804 ihnen alle deßfallsige Erbansprüche entzogen hat. „Hier zu Lande (nämlich im Herzogthum Coburg) bestand ehedem ebenfalls die Praxis, daß außereheliche Kinder keine Erbansprüche an dem „Nachlasse ihres Vaters, sondern nur Ansprüche auf Alimente hatten [1]).

1) Wir können nicht umhin, auf die Ungleichheit in der Gesetzgebung Deutschlands aufmerksam zu machen, die hier recht grell hervortritt. Die beiden Herzogthümer Coburg und Gotha, welche jetzt beinahe 30 Jahre unter einem Regenten und unter einem Staatsministerium zu einem politischen Ganzen vereint sind, haben unter andern auch über die fleischlichen Vergehen zwei ganz verschiedene Gesetze. Wenn man die beiden Mandate, das Gothaer vom 29. Juni 1804 und das Coburger vom 25. Juni 1825 nebeneinanderhält, so trifft man außer den Bestimmungen bezüglich der Erbrechte noch auf ganz eigenthümliche Verschiedenheiten und entgegengesetzte Ansichten. So z. B. verlangt ersteres im §. 52. Ziff. 4., daß zur Begründung der Civilansprüche aus der Schwängerung das außereheliche Kind innerhalb des 210. und 287. Tages nach dem Beischlafe geboren sei. Letzteres dagegen

Gruner, historisch-statistische Beschreibung des Fürstenthums Coburg Thl. 3. S. 42 u. 43. Mandate vom 25. April 1743 und 27. November 1743.

„Erst das Gesetz vom 25. Juni 1825, die einfachen fleischlichen Vergehen betreffend, hat hierin eine Änderung gemacht, indem es im „§. 94. die oben erwähnte Bestimmung des preuß. Landrechts aufnahm „und verordnete, daß den aus einem einfachen fleischlichen Vergehen „erzeugten unehelichen Kindern der sechste Theil des väterlichen Nachlasses dann gebühre, wenn der Vater ohne eheliche Abkömmlinge, oder „ohne Hinterlassung einer Ehefrau und ohne letztwillige Verordnung „stirbt."

„Wenn daher die Behauptung der Klägerin [1]), daß das fragliche „Gesetz für den vorliegenden Fall keine Geltung habe, weil es erst „(nach §. 106. alin. 3.) mit dem 1. September 1825 in Wirksamkeit „getreten sei, der Zeitpunct aber, an den die Entstehung des neuen „Rechtsverhältnisses geknüpft sei, nämlich die Conception, in einen „vorhergegangenen Zeitraum von vier Monaten falle, richtig wäre, so „müßte die Klage sofort abgewiesen werden."

„Allein diese Behauptung ist eine durchaus unrichtige, indem bei „Beurtheilung der Frage bezüglich der Erbansprüche der außerehelichen

erfordert zu diesem Zwecke, daß die Niederkunft der Geschwächten innerhalb des 210. und 285. Tags nach dem Beischlafe erfolgt sei. — Über diese verschiedenen Zeitbestimmungen in den verschiedenen ältern und neuern Gesetzgebungen deutscher und anderer Staaten spricht sich unter andern das in Friedreichs Blättern für gerichtliche Anthropologie, Jahrgang 1850, Fünftes Heft S. 25 ff. mitgetheilte Erkenntniß näher aus. — Das Gothaer Mandat verordnet im §. 64. Ziff. 2., daß, da wegen der von beiden Theilen (stuprata und stuprator) vorhandenen gesetzlichen Vermuthungen das Erkenntniß zwischen Reinigungs- und Erfüllungs-Eid zweifelhaft ist, eher auf den Reinigungseid erkannt werden soll, während das Coburger im §. 34. in dergleichen Fällen gerade das Gegentheil vorschreibt und bestimmt, daß dann allemal eher auf den Erfüllungseid zu erkennen sei u. s. w. Man sollte es kaum für möglich halten, daß dergleichen Varietäten in zwei Herzogthümern, die, wenn auch geographisch einige Meilen von einander getrennt, doch ein politisches Ganzes bilden und eine und dieselbe Verfassung haben, bei dem Streben nach Einheit noch vorkommen könnten! So lange aber die mögliche Einheit nicht auf dem richtigen Flecke gesucht wird, so lange wird sie auch nicht gefunden werden.

1) Diese Behauptung erfolgte als Replik auf die vorgeschützte exceptio constupratorum. Der §. 96. des oben angezogenen Mandats vom 25. Juni 1825 sagt nämlich in Übereinstimmung mit dem preuß. Landrechte Thl. 2. Tit. 2. §. 653., daß uneheliche Kinder, deren Mutter um die Zeit ihrer Schwängerung mit mehrern Mannspersonen zugehalten hat, diesen sechsten Theil nicht fordern können.

„Kinder nicht die Zeit ihrer Zeugung oder Conception, sondern die ih-„rer Geburt und die des Todes des Erblassers entscheidend ist.

v. Savigny, System des heut. röm. Rechts Bd. 8. S. 528 u. 529.
„Da nun in der Klage angeführt ist, daß die Klägerin am 7. Februar „1826 geboren, ihr angeblicher Erzeuger aber erst später, vor einigen „Jahren gestorben sei, so ist auch in dieser Beziehung der gesetzlichen „Anforderung in der Klage entsprochen worden."

„Da jedoch der Grund der Klage geleugnet und von den Beklag-„ten eine ebenfalls auf das Gesetz vom 25. Juni 1825 gestützte, von „der Klägerin aber widersprochene Einrede vorgeschützt worden ist, so „mußte, wie geschehen, auf Beweis und Gegenbeweis erkannt wer-„den." v. Egidy.

Verzinsliche Forderungen, welche auf Kündigung stehen, sind klagbar auch ohne Kündigung, wenn die Zinsenzahlung unterblieben und seitdem ein der Kündigungsfrist gleicher Zeitraum verflossen ist.

Eine Klage des Gemeindevorstandes zu W. vom 10. October 1854 gegen die Wittwe L. zu N. wurde vom Großh. Justizamte daselbst angebrachtermaßen abgewiesen, „da nach dem eignen Anführen des Klägers die fraglichen Kaufgelder erst nach einvierteljähriger beiden Theilen freistehender Aufkündigung gezahlt werden sollen, die Klage aber nicht erwähnt, daß eine Kündigung Statt gefunden habe." Auf die Appellation des Klägers erkannte das Großh. AGericht zu Eisenach, daß „es bei dem Bl. 13. der Acten ersichtlichen Decrete des Großh. Justizamtes zu N. nicht zu belassen, vielmehr auf die Klage Bl. 1. der Acten ein Verhörstermin anzuberaumen und weiter rechtlich zu verfahren ist.

Denn

durch die const. 8. §. 4. Cod. de praescript. tri. ann. VII. 39. wird mit klaren Worten bestimmt, daß die Verjährung einer Klage auf eine verzinsliche Schuld von dem Zeitpuncte an beginnen soll, von welchem an keine Zinsen mehr bezahlt werden. Nun steht aber fest, daß eine Forderung nur dann und von da an verjähren kann, wenn und von wo an sie klagbar wird: die Klagbarkeit einer Forderung ist mit a. W. die nothwendige Voraussetzung ihrer Verjährbarkeit. Hiernach läßt

es sich nicht bezweifeln, daß jede verzinsliche Schuld dann durch den Gläubiger eingeklagt werden kann, wenn die Zinsenzahlung unterbleibt. Es fragt sich daher nur, ob diese vom Gesetzgeber dem Gläubiger ertheilte Befugniß dadurch eine Abänderung erleidet, wenn eine Kündigungsfrist bestimmt worden ist, allein das läßt sich darum nicht annehmen, weil diese Bestimmung auch dann immer noch Bedeutung und Wirksamkeit behält, nämlich für den Fall die Zinsen fortbezahlt worden. Der Vorbehalt der Kündigung kann daher für den Gläubiger kein Verzicht auf sein, abgesehen von der Kündigung, gesetzlich begründetes Klagrecht involviren. Nur in soweit muß man, wie v. Savigny System Bd. V. S. 309. mit Recht bemerkt hat, die ausbedungene Kündigungsfrist beachten, als der Zeitraum derselben nach dem Momente der unterbliebenen Zinsenzahlung abgewartet werden muß, ehe zur Klage vorgeschritten werden darf, indem dieß auch bei wirklicher Kündigung geschehen muß.

Wenn nun im concreten Falle nach Inhalt der Klage die Zinsen des geklagten Darlehns schon seit dem am 14. December 1850 erfolgten Tode ihres Ehemannes in Rückstand geblieben sein sollten, so ist die am 15. October d. J. eingegangene Klage als jam nata anzusehen."

Münderloh.

Über die Beweislast bei Klagen aus Forderungen der Handwerker, Gastwirthe und Kaufleute.

Bei dem Kreisgericht zu Weimar erhob im März 1853 der Hofschlosser N. daselbst eine Klage gegen den dasigen Einwohner und Hausbesitzer S. auf Bezahlung von 222 Thlrn. 9 Gr. 9 Pf. für gelieferte Schlosserarbeiten und Schlosserwaaren, zu deren Begründung er anführte, daß er bei dem in den Jahren 1851, 52 erfolgten Neubau des S.'schen Hauses zur Herstellung der Thüren, Feuerungen, Fenster u. s. w. auf Bestellung die in der Klage specificirten Schlosserarbeiten und Schlosserwaaren zu den beibemerkten Zeiten und hierorts üblichen und billigen Preisen geliefert, dem Beklagten auch eine specielle Rechnung zugestellt habe, welche indessen von diesem nicht berichtigt worden sei. Der Beklagte beantwortete in seiner Vernehmlassungsschrift die einzelnen Ansätze der Klage mit „Nichtwissen," da, wie er sagte, er nicht wisse, ob dieselben richtig, machte Ausstellun-

gen in Beziehung auf die Deutlichkeit und Schlüssigkeit der Ansätze, bezichtigte den Kläger, daß er durch verspätete Lieferung der bestellten Arbeiten selbst die Schuld von der Verspätung der Bezahlung trage und gründete auf die Säumniß des Klägers eine Gegenforderung von 66 Thlrn. Schadensersatz. Er behauptete nämlich, daß, wenn der Kläger bestellter und versprochener Maßen die fraglichen Arbeiten eine bestimmte Zeit vor Michaelis 1852 geliefert hätte, das Parterre und der zweite Stock von Michaelis 1852 an hätten vermiethet werden können, während in Folge der Säumniß des Klägers dieß erst von Ostern 1853 und theilweise von Neujahr 1853 von dem Beklagten zu ermöglichen gewesen sei. Er verlange daher, daß die ihm entgangenen Miethpreise zu dem gedachten Betrag von 66 Thlrn. 7 Gr. 6 Pf. in Abzug gebracht würden. Nach eingefordertem und eingebrachtem Replikſatz erkannte das Kreisgericht: 1) es habe bei dem Zugeständniß des Beklagten, daß Kläger die in der Klage gedachten Arbeiten ihm geliefert habe, Bl. 17 d. Act., sein Bewenden; 2) die Thatsache, daß Kläger dem Beklagten die libellirten Schlosserwaaren geliefert, entbehre einer Einlassung und sei mithin für zugestanden zu erachten; 3) auf die mit „Nichtwissen" bewirkte Einlassung des Beklagten, hinsichtlich der Preisansätze und deren Billigkeit und Ortsüblichkeit, sei eine Rücksicht nicht zu nehmen, vielmehr in quantitativer Hinsicht die Klagforderung als begründet und zugestanden zu erachten und habe 4) nur Beklagter den Grund seiner Compensations-Einrede nach den Regeln des Ges. v. 31. Mai 1817 durch Angabe der nöthigen Beweismittel binnen 14 Tagen zu bescheinigen und werde wegen Abgabe dieser Sache an den betreffenden Einzelrichter und sonst weiter ergehen, was Rechtens; 5) die Entscheidung über den Kostenpunct sei bis zum Enderkenntniß vorzubehalten. In den Entscheidungsgründen wurde unter Bezugnahme auf die Ausführung Thon's in der Zeitschr. für Civilr. und Proc. B. 10. S. 202 ff. besonders hervorgehoben, wie es Sache des Beklagten gewesen wäre, Ausstellungen gegen die Richtigkeit der einzelnen Ansätze zu machen und zu begründen, während er nicht einmal direct mit der Behauptung, daß er übertheuert worden sei, hervorgetreten sei. Gegen den Bescheid legten beide Theile Berufung an das gemeinschaftliche Appellationsgericht zu Eisenach ein, Kläger, weil dem Beklagten der Beweis der Compensations-Einrede nachgelassen, Beklagter wegen der oben unter 2 bis 5 angegebenen

Puncte und es erkannte hierauf das Appellationsgericht reformatorisch dahin:

„Daß es bei dem angefochtenen Bescheide nicht überall zu belassen, derselbe vielmehr in Ansehung des 3., 4. und 5. Punctes dahin abzuändern:

Da Beklagter die in der Klage angeführten Thatsachen nicht überall zugestanden, so ist Kläger schuldig, dieselben, soweit sie geleugnet werden, binnen dreißigtägiger ausschließlicher Frist wie Recht zu erweisen, worauf dann, mit Vorbehalt des directen und indirecten Gegenbeweises für den Beklagten, in der Sache und auch in Betreff der Kosten, weiter ergeht, was sich zu Recht gebührt.

Die Kosten der Instanz, soweit sie durch die Berufung des Beklagten veranlaßt sind, werden verglichen, die durch die Berufung des Klägers veranlaßten hat dieser allein zu tragen, bezüglich dem Gegner zu erstatten. Die Anwaltsgebühren bestehen, wie sie angesetzt sind.

Gründe: Anlangend A. die Berufung des Beklagten, so ist die erste Beschwerde als eine wirkliche Beschwerde nicht zu betrachten, da er Blatt 47 nicht in Abrede stellt, auch die in der Klage aufgeführten Schlosserwaaren erhalten zu haben; folglich dadurch keinen wirklichen Nachtheil erleidet, wenn dieser Umstand auch mit Unrecht zur Strafe Ungehorsams für eingestanden erachtet worden wäre.

Was aber die zweite Beschwerde betrifft, so ist dieselbe für gänzlich unbegründet nicht zu achten. Es kann zwar nicht bezweifelt werden, daß, wenn der von einem Contrahenten zu zahlende Preis der Bestimmung des andern Contrahenten überlassen worden, die erfolgte Bestimmung, wenn sie unbillig erscheint, angefochten und nach richterlichem billigen Ermessen (arbitrio boni viri) gemindert werden kann, und daß in einem solchen Falle der Anfechtende dem Richter die erforderlichen Grundlagen für die verlangte Ermäßigung beischaffen muß. Allein es versteht sich das, und auch die deßfallsigen Gesetzstellen

L. 76, 77, 79 pro socio,
L. 24. pr. de locat.,
L. 30. de oper. lib.,
L. 2. 1 de dot. prom.,
L. 22, §. 1. de R. J.

sprechen nur von den Fällen, wo ausdrücklich dem andern Contrahenten die Bestimmung der Größe der Leistung überlassen ist. Daß eine

solche Überlassung als stillschweigend geschehen anzunehmen sei, wenn Gegenstände, die einen Markt- oder sonst üblichen Preis haben, ohne Feststellung des Preises bedungen worden sind, läßt sich beim Mangel gesetzlicher Vorschriften nicht vertheidigen, vielmehr muß als die wahrscheinliche Meinung beider Contrahenten angenommen werden, daß die üblichen Preise bedungen und versprochen sind. In der That hat auch im vorliegenden Falle der Kläger selbst in der Klage angeführt, daß die von ihm angesetzten Preise ortsüblich und billig seien, und hat nach feststehender Regel des Processes diese seine, vom Gegner geleugneten Behauptungen zu beweisen. Die in der Zeitschr. für Civilrecht und Proceß Bd. 10. S. 214 hervorgehobenen Billigkeitsrücksichten erscheinen nicht gewichtig genug, um von jener Regel zu Gunsten der Handwerker, Kaufleute und Gastwirthe eine Ausnahme zu machen, und den mit ihnen ohne Bestimmung des Preises Contrahirenden den Beweis der Unbilligkeit der Preise aufzubürden. Denn mögen dieselben auch Bedenken tragen, sich bei Ablieferung ihrer Waaren und Fertigung ihrer Arbeiten den Preis zu bedingen, um nicht bei den Kunden Anstoß zu erregen, so ist das eben eine Rücksichtsnahme, deren unbequeme Folgen sie billiger selbst zu tragen, als ihren Mitcontrahenten zuzuschieben haben, auch kann man nicht unbedingt zugeben, daß dem Handwerker der Beweis der Ortsüblichkeit und Billigmäßigkeit seiner Preise schwerer falle, als dem Abnehmer der Beweis der Übertriebenheit; denn ist die Waare noch vorhanden, so ist beiden der Beweis gleich leicht und ist sie nicht mehr vorhanden, in gleichem Maße schwieriger. Aus diesen Gründen war die sofortige Verurtheilung des Beklagten zur vollen Zahlung der geforderten Summe aufzuheben, und dem Kläger der Beweis der geleugneten Klagpuncte zuzuerkennen, und damit erledigen sich dann die dritte und vierte Beschwerde von selbst.

B. Des Klägers erste und Hauptbeschwerde ist gegen den dem Beklagten nachgelassenen Beweis der Blatt 29[b] vorgeschützten Einrede unter 4 gerichtet mit Rücksicht auf das Blatt 18 unter 2 Vorgetragene. Da er dieselbe rechtzeitig nicht weiter ausgeführt hat, so ist nur das von ihm in der Replikschrift Bl. 34 Vorgebrachte zu erwägen.

Soweit nun dasselbe in der Behauptung besteht, es seien, auch abgesehen von den Schlosserarbeiten, die Räume in dem vom Beklagten neu erbauten Hause zu Michaelis 1852 noch nicht soweit hergestellt gewesen, daß sie hätten vermiethet werden können, so liegt darin im

Grunde nichts als eine Verneinung der entgegengesetzten Behauptung des Beklagten, und es kann solches Gegenstand eines vom Kläger zu führenden directen Gegenbeweises werden. Es hat aber auch Kläger gerügt, daß, um eine Entschädigungsforderung gegen ihn wegen verspäteter Lieferung der versprochenen Schlosserarbeiten zu begründen, es nicht genug sei anzuführen, daß die zur Vermiethung bestimmten Räume in dem Hause des Beklagten ohne die Verzögerung früher hätten vermiethet werden können, sondern auch, daß Beklagter bestimmte Gelegenheit gehabt habe, dieselben zu der fraglichen Zeit zu vermiethen. Im Allgemeinen ist nun dem Kläger darin beizustimmen, daß die bloße Möglichkeit eines zu machenden Gewinnes nicht genügen kann, eine Ersatzforderung zu begründen, daß vielmehr, wenn auch nicht unumstößliche Gewißheit, doch eine Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werde.

Nun hat aber Beklagter Blatt 21. bestimmt behauptet, daß er die fraglichen Räume ohne die Saumseligkeit des Klägers zu der angegebenen Zeit vermiethet haben würde. Diese Behauptung muß unter allen Umständen genügen und es wird nur darauf ankommen, ob Beklagter sie zu beweisen im Stande sein wird.

Es kann deßhalb die Beschwerde für gegründet nicht geachtet werden, und ebensowenig die auf den Kostenpunct bezügliche zweite Beschwerde, welche sich durch dieß abändernde Erkenntniß überhaupt von selbst erledigt."

Das Oberappellationsgericht zu Jena, an welches in Folge der von dem Kläger ergriffenen Oberberufung die Acten gelangten, sprach sich in den Gründen zu seinem, das zweitinstanzliche Erkenntniß lediglich bestätigenden Bescheid dahin aus:

„Der Beklagte hat in der Einlassung auf die Klage mit Nichtwissen geantwortet, daß die in der Klage gedachten Preise für die ihm vom Kläger gelieferten Schlosserarbeiten und Schlosserwaaren zu Weimar üblich und billig seien, sowie er auch die einzelnen Preisansätze in das Nichtwissen stellt. Ohne Grund wird diese Einlassung vom Kläger noch in der Oberappellationsausführung als fehlerhaft angefochten. Es handelt sich nicht um im Voraus verabredete Preisbestimmungen, auf welche allerdings eine Beantwortung mit Nichtwissen unzulässig gewesen wäre, weil bei einer vorausgegangenen Verabredung über diese Preise Beklagter als Mitcontrahent von den verabredeten Preisen nothwendig Kenntniß haben und sich daher entweder mit Ja oder mit Nein

darauf einlassen mußte. Hier aber, wo der Preis für die einzelnen Arbeiten und Waaren nicht verabredet, sondern von dem Handwerker, der sie geliefert hat, einseitig als die ortsüblichen ausgesetzt sind, kann die Beantwortung dieser Ansätze mit Nichtwissen nicht für unzulässig gehalten werden, da Beklagter, der nicht selbst Sachverständiger ist, von den ortsüblichen Preisen keine Kenntniß hat und ihm keine Pflicht obliegt, sich über die Angemessenheit dieser Preise durch Zuziehung von Sachverständigen zu informiren. Auch ist im Übrigen die Einlassung des Beklagten, der Einwendung Klägers ungeachtet, für genügend zu erachten. Dem vorigen Erkenntnisse muß darin beigepflichtet werden, daß es sich hier nicht von einem Falle handele, wo die Bestimmung des Preises dem andern Contrahenten ausdrücklich überlassen worden ist. Wer mit einem Handwerker contrahirt, Arbeiten und Waaren bei ihm bestellt, ohne sich vorher mit ihm über die Preise zu einigen, contrahirt mit ihm zu den ortsüblichen, für Arbeiten und Waaren der Art herkömmlichen Preisen, keineswegs überläßt er ihm die Bestimmung der Preise lediglich nach seinem Ermessen, wenn es gleich Regel ist, daß solchen Falls die Preisansätze vom Arbeiter gemacht werden, woraus jedoch noch nicht folgt, daß der Besteller solche als unbedingt maßgebend anzuerkennen habe, was vielmehr nur insoweit der Fall ist, als die Preisansätze mit dem Werthe, welchen dergleichen Arbeiten und Waaren am Orte und nach Handwerksgebrauch zu haben pflegen, übereinstimmen. Kläger hat aber auch selbst in der Klage behauptet, daß die von ihm angesetzten Preise ortsüblich und billig seien und er kann sich, da Beklagter dieß bestritten hat, des ihm nach den Regeln über die Beweislast obliegenden Beweises dieser seiner Behauptung nicht entbrechen. Daß die von Thon in der Zeitschr. f. Civilrecht u. Proceß Bd. 10. S. 214 hervorgehobenen Billigkeitsrücksichten nicht ausreichen, um von jenen Regeln zu Gunsten der Handwerker, Kaufleute und Gastwirthe eine Ausnahme zu machen und diejenigen, welche mit ihnen ohne Bestimmung des Preises contrahiren, mit dem Beweise der Unbilligkeit der Preise zu belasten, ist in den Gründen der vorigen Entscheidung zur Genüge ausgeführt und es genügt dießfalls eine Verweisung auf dieselben.

Die Unerheblichkeit der dem Rechtsmittel zu Grunde liegenden Beschwerden rechtfertigt die Verurtheilung des Oberappellanten in die Kosten jetziger Instanz." S.

Bericht über Entscheidungen des Gesammt-Oberappellationsgerichts zu Jena auf eingewendete Richtigkeitsbeschwerden in Strafsachen.

(Fortsetzung des Aufsatzes in Nro. 11. 12. S. 394. 1854.)

XXIX.

Über den dolus specialis bei dem Art. 80. des StGBuchs. Erkenntniß vom 25. October 1854 nach Dessau.

Der vormalige Handlungsdiener Karl Gr. in Z. war angeschuldigt worden, in einer öffentlichen Versammlung der dortigen freien Gemeinde das „Sendschreiben", welches Johannes Ronge an die Mitglieder der durch Gewalt aufgelösten freien Religionsgemeinden in Östreich und Deutschland gerichtet hat, vorgelesen und dadurch den Art. 80. des StGBuchs verletzt zu haben. Nach abgehaltener Hauptverhandlung nahm das Kreisgericht zu Z. in den Gründen des am 6. April 1854 ertheilten Erkenntnisses folgende Thatsachen als erwiesen an:

1) der Angeklagte habe die erwähnte Druckschrift in einer öffentlichen Versammlung der freien Gemeinde zu Z. vorgelesen;
2) er sei schon vor dem Zusammentritt dieser Versammlung in dem Besitz jener Schrift gewesen und habe deren Inhalt gekannt;
3) diese Schrift verfolge hochverrätherische Tendenzen, denn ihr Inhalt enthalte directe Äußerungen zum Vorschreiten gegen die Fürsten, zum Umsturz der Throne derselben und überhaupt zu Revolutionen.

Aus diesen Thatsachen folgerte das Kreisgericht die Anwendbarkeit des Art. 80. des StGBuchs auf den vorliegenden Fall, da dieses Strafgesetz nicht den bestimmten Fall eines Hochverraths voraussetze, um dazu vorbereitende Handlungen strafbar zu finden, sondern weil es unbedingt Handlungen zur Vorbereitung des Verbrechens des Hochverraths mit Strafe bedrohe und beispielsweise als eine solche Handlung die Verbreitung von Schriften bezeichne, die zu hochverrätherischen Zwecken aufreizen, und verurtheilte den Angeklagten zu 6 Monaten Gefängniß ꝛc. Gegen dieses Erkenntniß appellirte derselbe aus dem Richtigkeitsgrunde, weil die That für ein Verbrechen gehalten worden sei, während kein einschlagendes Strafgesetz vorhanden wäre, indem die Anwendbarkeit des in Bezug genommenen Strafgesetzes einen Umstand voraussetze, welcher gar nicht vorliege und als erwiesen auch nicht an-

genommen sei, daß nämlich ein bestimmtes hochverrätherisches Unternehmen beabsichtigt worden, und sodann Handlungen in hochverrätherischer Absicht erfordere, welche als Vorbereitungen des Verbrechens dieses Hochverraths angesehen werden könnten. Das Oberlandesgericht zu D. hat hierauf, nachdem in dem öffentlichen Termin zur Verhandlung der Appellation die Beweismittel, auf welche das Kreisgericht wegen der Absichtlichkeit des Angeklagten Bezug genommen hatte, nochmals vorgelesen und geprüft worden waren, außer den bereits im erstinstanzlichen Erkenntniß festgesetzten Thatsachen auch noch den Thatumstand als erwiesen angenommen:

> daß der Angeklagte die mehrgedachte Druckschrift in der Absicht vorgelesen habe, für den hochverrätherischen Inhalt derselben seine Zuhörer empfänglich zu machen;

und sodann das erstinstanzliche Erkenntniß überall bestätigt.

Gegen diese Entscheidung hat der Angeklagte unter Wiederholung desselben Nichtigkeitsgrundes das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde eingewendet, das Gesammt-OAGericht aber durch Erkenntniß vom 25. October 1854 dieselbe verworfen aus folgenden Gründen:

„Eine Handlung zu Vorbereitung des Hochverraths setze zwar nicht nothwendig die Existenz eines in allen Einzelnheiten bestimmt feststehenden Plans einer hochverrätherischen Unternehmung — denn dieß liege nicht im Begriffe einer bloßen Vorbereitung — wohl aber eine im Allgemeinen auf hochverrätherische Zwecke gerichtete Absicht voraus. Es werde dieß von der &c. Oberstaatsanwaltschaft nicht bestritten, es ergebe sich auch theils aus den vom Vertheidiger aus Artt. 27. 81 u. 82. des StGBuchs hergenommenen Gründen, theils aus der Wortfassung des Art. 80. selbst, denn der daselbst gebrauchte Ausdruck „Handlung zu Vorbereitung des Hochverraths" deute die Absichtlichkeit hinlänglich an, wie denn auch nach Art. 30. des StGBuchs zur Strafbarkeit einer Handlung in der Regel Vorsatz erfordert werde, und die bloße Fahrlässigkeit nur da genüge, wo dieß besonders ausgesprochen sei. Was aber von den Handlungen zu Vorbereitung des Hochverraths im Allgemeinen gelte, müsse auch von der nur als Beispiel einer solchen Handlung angeführten Verbreitung von hochverrätherischen Schriften gelten, so daß auch im vorliegenden Falle eine auf Vorbereitung des Hochverraths gerichtete Absicht des Angeklagten zum Thatbestand des fraglichen Verbrechens gehöre. Es lasse sich aber nicht behaupten, daß dieses Erforderniß des Thatbestandes im Erkenntniß er-

ster Instanz übersehen und unberücksichtigt geblieben wäre. Das Kreisgericht habe bei seiner deßfallsigen Berathung die Frage:

„Hat Gr. sich dadurch (nämlich durch Vorlesen der Schrift und Verbreitung der darin enthaltenen Ideen) einer Handlung zur Vorbereitung des Hochverraths schuldig gemacht?"

ausdrücklich bejaht, und mit diesem auch im Erkenntniß selbst enthaltenen Ausspruch zugleich die auf Vorbereitung des Verbrechens des Hochverraths gerichtete Absicht anerkannt; denn die Auslegung, welche nach dem Obigen den Worten des Art. 80. entspreche, müsse auch auf die gleichlautenden Worte des Richters Anwendung finden. Wäre das Gericht der Meinung gewesen, daß die Absicht des Angeklagten auf einen anderen als hochverrätherischen Zweck gerichtet gewesen sei, so hätte es nicht aussprechen können, daß eine Handlung zu Vorbereitung des Verbrechens des Hochverraths vorliege. Es komme hinzu, daß der Gesetzgeber selbst nicht für nöthig befunden habe, die specielle hochverrätherische Absicht im Art. 80. deutlicher, als geschehen, zu bezeichnen, daß es also um so weniger dem Richter zum Vorwurfe gereichen könne, wenn er dieß, der eigenen Worte des Gesetzgebers sich bedienend, ebenfalls unterließ. Auch aus dem übrigen Inhalt des Erkenntnisses und der Entscheidungsgründe erster Instanz ergebe sich kein Grund für die Annahme, daß der specielle hochverrätherische Vorsatz nicht für nothwendig gehalten worden sei. Denn wenn in den Entscheidungsgründen gesagt sei, daß das Gesetz „unbedingt Handlungen zur Vorbereitung des Verbrechens des Hochverraths mit Strafe bedrohe und beispielsweise als eine solche Handlung die Verbreitung von Schriften, die zu hochverrätherischen Zwecken aufreizen, ausdrücklich anführe," so habe diese Ausführung nur den Zweck, der Behauptung der Vertheidigung entgegenzutreten, als werde im Gesetz ein bestimmter Fall des Hochverraths, ein im Einzelnen bereits feststehender Plan eines hochverrätherischen Unternehmens vorausgesetzt, die Nothwendigkeit einer auf hochverrätherische Zwecke gerichteten Absicht werde damit keineswegs abgeleugnet ꝛc."

XXX.

Zu Art. 347. der StPOrdnung über die Eigenschaft der in Zunftbriefen gegen Beeinträchtigung der Zunftgerechtsame enthaltenen Strafandrohungen als polizeiliche Strafverbote. Erkenntniß vom 1. Juni 1853 nach S. Meiningen.

Durch die obrigkeitlich bestätigten Zunftartikel der Schlosserinnung zu E. vom 16. Febr. 1687 ist bestimmt, daß diejenigen, welche das

Meisterrecht in dieser Innung nicht erlangt haben, dem Handwerk zu Schaden und Nachtheil Waare umzutragen weder heimlich noch öffentlich gelitten werden und diejenigen, welche dem entgegen handeln, nicht allein mit Verlust der Waare, sondern auch noch nach Erkenntniß der Obrigkeit sonst noch bestraft werden sollen, und weiter ist noch besonders verordnet, daß außer den freien Jahrmärkten Schlosserwaaren feil zu halten Keinem gestattet sein soll bei 1 fl. Strafe, er sei denn Meister im Handwerk.

Diesem Verbot entgegen hat der Uhrmacher R. zu E., welcher das Schlosserhandwerk zünftig nicht erlernt, noch weniger das Meisterrecht bei demselben erlangt hat, schon seit mehreren Jahren in einem offenen Laden Schlosserwaaren zum Verkauf geführt und ist auf deßfallsige Anzeige durch das Verwaltungsamt bestraft worden, hat dessenungeachtet aber diesen Handel mit Bügeleisen, Kaffeemühlen, Stiefeleisen ꝛc. fortgeführt.

Auf deßfallsige wiederholte Beschwerde des Schlosserhandwerks, welcher sich der Staatsanwalt angeschlossen hatte, bestritt bei der auf den 14. Dec. 1852 deßhalb anberaumten Hauptverhandlung der Angeklagte hauptsächlich, daß die Waaren, welche er führe, Schlosserwaaren wären und daß er außer an Jahrmärkten solche Waaren verkauft habe ꝛc.; er behauptete ferner zur Rechtfertigung des Feilhaltens von Bügeleisen ꝛc., daß er gegen Erlegung einer Gewerbsteuer Erlaubniß zum Eisenhandel erlangt und denselben bisher betrieben habe, dieses Recht auch durch die Statuten der Stadt E. vom 25. Febr. 1775 volle Unterstützung finde, es sich also höchstens um ein zwischen ihm und der Schlosserinnung streitiges Privatrecht handle, bei welchem ein polizeiliches Einschreiten nicht zulässig sei. Jene Statuten enthalten in der hieher bezüglichen Stelle die Bestimmung:

> „Stehet auch einem jeden Bürger frei, allerhand commercia, so nicht wider Herzogl. Landesordnung und der Handwerker-Innung laufen, zu treiben."

Auf den Grund dieser Verhandlung verurtheilte das Landgericht zu E. den Angeklagten in 1 fl. 15 kr. Geldstrafe ꝛc. wegen Beeinträchtigung der Innungsgerechtsame des Schlosserhandwerks, und das Kreisgericht zu H., an welches der Angeklagte gegen diesen Strafbescheid deßhalb appellirte, „weil eine gar nicht strafbare Handlung an ihm bestraft worden sei," bestätigte diesen Bescheid, indem es dem Landgericht vollkommen darin beistimmte, daß weder die Statuten der Stadt E. noch

die Innungsartikel des Schlosserhandwerks den von dem Angeklagten eingeräumten Handel mit den angegebenen Waaren, welche als Schlosserwaare anzusehen wären, als einen erlaubten darzustellen geeignet wären.

Dagegen hatte der Angeklagte Nichtigkeitsbeschwerde eingewendet, weil kein einschlagendes Strafgesetz vorhanden sei, welches den Handel mit solchen Artikeln verbiete rc. Das diese Nichtigkeitsbeschwerde zurückweisende OAGErkenntniß stützt sich auf folgende Gründe:

1) „Die Anklage behaupte, daß der Angeklagte einen offenen Laden und in demselben auch Bügeleisen, Kaffeemühlen, Stiefeleisen rc., Artikel, die ohne Zweifel Schlosserwaaren seien, führe. In dieser Allgemeinheit sei die Anklage nicht nur gegen den Verkauf aller Schlosserwaaren und nicht bloß der in der Anklageschrift speciell aufgeführten Artikel gerichtet, sondern es sei auch in dem Anführen, daß der Angeklagte überhaupt einen förmlichen und offenen Laden halte und darin auch mit den erwähnten Schlosserarbeiten Handel treibe, die Behauptung enthalten, daß derselbe auch außer den Jahrmärkten dergleichen Schlosserwaaren verkaufe. In dem Termin zur Hauptverhandlung am 14. Dec. v. J. habe der Obermeister S. aber namentlich auch noch Bettstellbeschläge als dergleichen verbotene Artikel bezeichnet, und der Angeklagte habe zugestanden, sowohl Bettstellbeschläge als Stiefelabsatzeisen außer den Jahrmärkten verkauft zu haben. Hiernach lasse sich nicht annehmen, daß die erfolgte Verurtheilung des Angeklagten der erhobenen Anklage nicht entspreche."

2) „An einem einschlagenden Strafgesetz fehle es überall nicht, da die landesherrlich bestätigten Artikel der Schlosserinnung zu E. in Claſſ. VIII. Art. 8. die bestimmte Vorschrift enthielten, „„daß keinem, außer den freien Jahrmärkten, gestattet sein solle, mit Schlosserarbeit feil zu halten, er sei denn Meister im Handwerk, bei Strafe eines Guldens;"" diese Vorschrift auch durch die Statuten der Stadt E. im Abschnitt II. Nr. 15. Satz 5. nicht aufgehoben worden sei, indem daselbst den Bürgern von E. der Betrieb von Handelsgeschäften nur unter der Beschränkung gestattet worden sei, daß die letzteren nicht wider die Landes-Ordnung und der Handwerker Innung liefen. Ohne Zweifel sei auch der vorliegende Fall nach den obigen Vorschriften zu beurtheilen, und daher nicht abzusehen, inwiefern derselbe durch un-

richtige Gesetzesauslegung einem falschen Strafgesetz unterzogen worden sei."

3) „Ob aber die in Frage stehenden Bettstellbeschläge und Stiefelabsatzeisen solche Eisenwaaren wären, welche lediglich den gelernten Schlossermeistern zu verfertigen und zu verkaufen gestattet sei, dieß betreffe lediglich die Beurtheilung eines thatsächlichen Verhältnisses, ohne daß dabei weiter in Betracht kommen könne, daß dem Angeklagten ein besonderes Verzeichniß derjenigen Gegenstände, welche ausschließlich als Schlosserwaaren anzusehen wären, nicht bekannt gemacht worden sein solle, und daß ihm der Handel mit Eisenwaaren im Allgemeinen gestattet worden sei, indem es ebenfalls lediglich zur factischen Beurtheilung des Falles gehöre, ob, dieser zuletzt erwähnten Umstände ungeachtet, die obenbenannten Gegenstände zu ausschließlichen Handelsartikeln der Schlosserzunft zu rechnen seien, und ob daher auf Seiten des Angeklagten ein Eingriff in die Gewerbsbefugnisse des Schlosserhandwerkes als vorhanden anzunehmen sei oder nicht."

XXXI.

1) Über die Nichtanwendbarkeit des Art. 208. Ziff. 1. der StPOrdnung auf Fälle, in welchen eine Verwaltungssache gesetzwidrig als Rechts- und resp. Strafsache behandelt worden;

2) Über die Eigenschaft der in landesherrlich bestätigten Zunft-Artikeln enthaltenen Strafandrohungen als Polizeistrafgesetzen.

(Erkenntniß vom 28. October 1854 nach Meiningen.)

Die Innung des Leinweber-Handwerks zu S. enthält die Bestimmung, daß keinem Krämer oder sonst Jemandem, der nicht Mitglied dieser Innung ist, gestattet sein soll, Tuch (Leinewand) feil zu halten bei 20 Gulden Strafe.

Auf eine im April 1848 von dem Leineweber-Handwerk zu S. bei dem dasigen Verwaltungsamt geführte Beschwerde, daß mehrere dasige Schnitthändler diesem Verbot entgegen handelten, erließ diese Behörde unter abschriftlicher Zufertigung des betreffenden Passus der Innungsartikel und mit ausdrücklicher Bezugnahme auf dieselben an die Denuntiaten das Verbot, mit dergleichen Waaren fernerhin Handel zu treiben, bei 20 fl. Strafe und Confiscation der Waare.

Im Juli 1853 erfolgte von Seiten des erwähnten Handwerks eine anderweite Beschwerde gegen dieselben Schnitthändler wegen Beeinträchtigung ihrer Innungsbefugniß zum alleinigen Verkauf von Leinewand ꝛc. mit dem Antrag auf deßfallsige Bestrafung der Denun-

tiaten, und es wurde darauf dieser Strafantrag vor dem Einzelrichter des Kreisgerichts zu S. zwischen dem Staatsanwaltsvertreter und den Angeklagten strafproceßordnungsgemäß verhandelt, wobei neben verschiedenen sachlichen Einwendungen hauptsächlich die Publication der erwähnten Innungsartikel bestritten, auch der von dem Staatsanwaltsvertreter vorgelegten, diese Innungsartikel enthaltenden Urkunde die Eigenschaft, daß dieselbe die Urschrift sei, abgesprochen wurde. Am Schluß der Verhandlung wies der Einzelrichter durch Erkenntniß vom 8. April 1854 die erhobene Anklage deßhalb zurück, weil es am Nachweis der Publication der Weberinnung fehle. Der Staatsanwaltsvertreter appellirte dagegen unter anderem auch aus dem Nichtigkeitsgrund im Art. 306. Ziff. 5. der StPOrdnung, weil die in Frage stehenden Handlungen deßhalb, weil kein einschlagendes Strafgesetz vorhanden sei, für kein Verbrechen gehalten worden, obgleich ein solches Gesetz — die Weberinnung und die verwaltungsamtliche Strafandrohung vom 13. April 1848 — allerdings vorhanden sei.

Das von dem Herzogl. Kreisgericht zu S. hierüber ertheilte Erkenntniß cassirte auf Grund des Art. 306. Ziff. 5. der St.POrdnung die Entscheidung des Einzelrichters, weil, auch abgesehen von der unter den obwaltenden Umständen zu vermuthenden öffentlichen Bekanntmachung der fraglichen Innungsartikel die Angeklagten selbst nicht in Abrede stellten, durch das Verwaltungsamt zu S. von der hier in Betracht kommenden Vorschrift derselben am 13. April 1848 in Kenntniß gesetzt und unter Androhung der darin bestimmten Strafe gegen Übertretung dieser Vorschrift verwarnt worden zu sein, daß es also für Gewerbsbeeinträchtigung des Weberhandwerks zu S. durch die Angeklagten an einem Strafgesetz um so weniger fehle, als nach der — näher angeführten — Landesgesetzgebung das Verwaltungsamt zu jenem Verbot vollkommen befugt gewesen sei.

Gegen diese Entscheidung haben die Angeklagten nach Art. 332. Ziff. 2. in Verbindung mit Art. 306. Ziff. 5. und Art. 208. Ziff. 1. der StPOrdnung das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde eingewendet, weil

1) die vorliegende Sache mit Unrecht für eine Rechtssache und insbesondere für eine Strafsache angesehen und auf die angegebene Weise verhandelt worden sei, während sie doch als Innungsstreitigkeit nach dem Edict vom 29. Januar 1829 Art. 3. Ziff. 6. vor das Verwaltungsamt gehöre; weil

2) die in Frage stehenden Handlungen für eine Übertretung gehalten worden, während kein einschlagendes Strafgesetz dafür vorhanden sei, indem ein solches in der angeführten Vorschrift der erwähnten Innungsartikel theils wegen Mangels gehöriger Publication derselben, theils wegen ihres nur Privatrechte normirenden Inhalts nicht gefunden werden könne, und indem ferner auch die in Bezug genommene Strafandrohung des Verwaltungsamts vom 13. April 1848 eine solche gültige Strafnorm für den vorliegenden Fall deßhalb nicht abgeben könne, weil das Verwaltungsamt nach dem Edict Nr. 4. vom 29. Januar 1829 Art. 3. Ziff. 12. seine Befugniß dabei überschritten habe, und der Fall, in welchem jene Strafandrohung erfolgt, von dem vorliegenden verschieden sei.

Das von dem Gesammt-OAGericht auf diese Nichtigkeitsbeschwerde vom 28. October 1854 ertheilte Erkenntniß hat dieselbe aus folgenden Gründen verworfen:

1) „Der von den Beschwerdeführern auf Art. 208. Ziff. 1. der StPOrdnung zurückgeführte Nichtigkeitsgrund sei nach Inhalt der Ausführungsschrift darauf gegründet, daß die vorliegende Sache als eine vor die zur Handhabung der Strafrechtspflege bestellten Justizbehörden gehörige Rechtssache angesehen und nicht vielmehr als eine bloße Zunft- und somit Verwaltungssache vor das Verwaltungsamt zu S. als die verfassungsmäßig bestellte untere Verwaltungsbehörde gebracht und daselbst verhandelt worden sei. Auf einen solchen Fall sei aber die Vorschrift des Art. 208. Ziff. 1. der StPOrdnung, wie aus der dabei ersichtlichen Verweisung auf Art. 201. hervorgehe, nicht bezüglich. Wollte man sie aber auch auf diesen Fall erweitern oder annehmen, daß bei rechtswidriger Behandlung einer Verwaltungssache als Rechts- und resp. Strafsache ein einschlagendes Strafgesetz fehlen müsse und dann die Nichtigkeit des Art. 306. Ziff. 5. eintreten würde, so sei die fragliche Nothwendigkeit doch jedenfalls hier unbegründet. Denn die vorliegende Sache sei in der That eine Strafsache und keine Administrativsache, weil sie die Bestrafung der Angeklagten bezwecke und eine solche nach Artt. 1. 9. u. 59. der StPOrdnung und Art. 2. des Gesetzes vom 22. Juni 1850 nur von dem zuständigen Strafrichter und zwar von dem Einzelrichter, nicht von der Polizeibehörde erfolgen könne."

2) „Auch der ferner von den Beschwerdeführern selbst aus Art. 306. Ziff. 5. entnommene Nichtigkeitsgrund könne nicht als vorhanden anerkannt werden. Denn in den landesherrlich bestätigten Zunftartikeln

der Weberzunft zu S. vom 4. Januar 1690 Claff. VIII. Art. 5. sei Jedem, welcher nicht zu dieser Zunft gehöre, das Feilhalten von leinenen Geweben ꝛc. bei 20 Gülden Strafe und Verlust der Waare verboten und somit für die den Gegenstand der Anklage bildende Handlung der Angeklagten eine Strafnorm allerdings vorhanden, wie sie der Art. 306. Ziff. 5. der StPOrdnung voraussetze. Zwar sei von dem Mitangeklagten Sch. in erster Instanz behauptet worden, die von dem Staatsanwaltsvertreter vorgelegte „Innung des Leinweberhandwerks zu S." sei kein Original, es widerlege diesen Einwand aber schon die äußere Beschaffenheit dieser Urkunde, welche in der bei solchen Zunftbriefen herkömmlichen Form ausgefertigt und mit der landesherrlichen Unterschrift versehen sei."

„Der weiter geltend gemachte Mangel förmlicher Publication dieser Innungsartikel könne deren Gültigkeit und Wirksamkeit auch gegen Dritte nicht hindern. Bei dergleichen Innungsartikeln sei eine öffentliche Bekanntmachung wie bei allgemeinen Landesgesetzen nicht gebräuchlich gewesen und auch durch das Edict vom 21. Januar 1829 — die Publication der landesherrlichen Verordnungen betreffend — nicht nöthig erachtet worden. Die Angeklagten würden sich vielleicht bei dem Mangel einer allgemeinen Publication mit Unkenntniß der Bestimmungen der Innungsartikel entschuldigen können. Allein davon könne in dem vorliegenden Fall keine Rede sein, da nach Ausweis der Verwaltungsamtsacten das fragliche Verbot als ein in den Zunftartikeln der Weberinnung in S. enthaltenes am 13. April 1848 von dem Verwaltungsamt erneuert und am 14. April den Angeklagten mitgetheilt worden sei. Der Einwand, daß nach dem Edict No. 6. vom 29. Januar 1829 Art. 3. Ziff. 12. die Befugniß zur Strafandrohung bei den Verwaltungsämtern nur bis zu 5 fl. gehe, könne der Verfügung des Verwaltungsamts vom 13. April nicht entgegengesetzt werden, weil diese Bestimmung des Edicts nicht auf bloße Erneuerungen anderwärts begründeter Strafen bezogen werden könne."

XXXII.

Über den Beweis des Vorsatzes bei Vergehen gegen Art. 131. des StGBuchs. Erkenntniß vom 25. October 1854 nach Dessau.

Die verehelichte Dorothea B. zu D. war angeklagt worden, daß sie sich fortgesetzter körperlicher Mißhandlungen und Peinigungen ihrer 4½jährigen Stieftochter Wilhelmine B. schuldig gemacht habe, sie leug-

nete dieß und behauptete, daß sie dieselbe wegen ihrer Unreinlichkeit und Gefräßigkeit nur stark gezüchtigt, hierbei aber in keiner Weise eine Körperverletzung beabsichtigt habe. Die Angeklagte wurde durch Erkenntniß des Kreisgerichts zu D. von dieser Anklage freigesprochen. Die Staatsanwaltschaft legte gegen dieses Erkenntniß Appellation aus dem Nichtigkeitsgrund ein, weil das Kreisgericht Straflosigkeit wegen Mangels eines einschlagenden Strafgesetzes angenommen habe (Art. 306. Ziff. 5. der StPOrdnung), das Oberlandesgericht zu D. verwarf aber dieses Rechtsmittel und gegen dieses Erkenntniß wendete die Oberstaatsanwaltschaft weiter das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde aus demselben Nichtigkeitsgrund ein, worauf durch Erkenntniß des Gesammt-OAGerichts vom 25. October 1854 auch dieses Rechtsmittel als unbegründet verworfen worden ist. Die Gründe dieser Entscheidung sind folgende:

„In den Gründen des erstinstanzlichen Erkenntnisses sei ausgesprochen, daß der Gerichtshof die Überzeugung von der vorsätzlichen Verübung von Thätlichkeiten nicht habe gewinnen können, die Angeklagte vielmehr, obschon sie ihre Stieftochter wegen ihrer Unreinlichkeit und Gefräßigkeit stark gezüchtigt, hierbei eben so wenig eine Körperverletzung beabsichtigt habe, als darin fortgesetzte Mißhandlungen, Peinigungen und Martern zu erblicken seien, indem die Angeklagte ihre Stieftochter dadurch habe bessern wollen. Wenn nun hiegegen in der auf Art. 306. Ziff. 5. der StPOrdnung gestützten Appellation der Staatsanwaltschaft behauptet werde, das Kreisgericht habe den Beweis der vorsätzlichen und fortgesetzten Mißhandlungen mit Unrecht in Abrede gestellt, weil dieser sich aus den nach dem Berathungsprotocoll für bewiesen angenommenen Thätlichkeiten von selbst ergebe, und das Kreisgericht habe in Folge logischer Fehler und Begriffe „Vorsatz" und „Beweggrund" mit einander verwechselt; so sei der Gegenstand dieser Beschwerde bloß eine unrichtige Beurtheilung thatsächlicher Verhältnisse, die Auslegung des Strafgesetzes bleibe dabei überall außer Betracht, indem auch die Staatsanwaltschaft die Nothwendigkeit des Beweises des Vorsatzes nicht in Abrede stelle."

„Was ferner die von der Oberstaatsanwaltschaft in dieser Instanz erhobene Rüge anbelange, daß in den Entscheidungsgründen erster Instanz eine gehörige und vollständige Feststellung darüber fehle, welche von denjenigen Thatsachen, die den Gegenstand der Anklage bildeten, ferner, welche erschwerende, strafmildernde oder die Strafbarkeit aus-

schließende Umstände für bewiesen oder nicht bewiesen angenommen worden seien, so erkenne die Oberstaatsanwaltschaft selbst an, daß die Beobachtung der deßfallsigen Vorschrift im §. 84 u. 109. des Zusatzgesetzes zur StPOrdnung vom 10. Sept. 1853 nicht bei Strafe der Nichtigkeit geboten sei und daß es daher in dieser Hinsicht an einem Nichtigkeitsgrund fehle. Es lasse sich aber auch in diesem von der Oberstaatsanwaltschaft gerügten Umstand keineswegs eine, die Möglichkeit einer gehörigen Prüfung der erhobenen Beschwerde ausschließende Unvollständigkeit des Erkenntnisses erster Instanz erblicken, denn beim Mangel des Vorsatzes könne von Anwendung des Art. 131. des StGBuchs keine Rede weiter sein, und auf den Beweis der sonstigen Bestandtheile der That nichts mehr ankommen."

„Wenn endlich auch das rc. Oberlandesgericht als Appellationsrichter in dem Falle, wenn sich wesentliche durch die bisherigen Verhandlungen nicht zu beseitigende Bedenken gegen die in dem ersten Urtheile enthaltene Feststellung der Thatsachen ergäben, nach §. 108. des erwähnten Zusatzgesetzes eine Wiederholung der Beweisaufnahme anordnen dürfe; so würde, selbst angenommen, es hätten hier solche Bedenken vorgelegen, doch gegen die Unterlassung dieser Maßregel eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht statthaft sein, weil die fragliche Vorschrift nicht bei Strafe der Nichtigkeit gegeben sei. Keinenfalls aber habe bei dieser Lage der Sache das rc. Oberlandesgericht dieselbe zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung an die erste Instanz zurückverweisen können, da die dafür angeführten Gesetzstellen, nämlich das erwähnte Zusatzgesetz §. 101. (zu Ziff. 5.) und Art. 329. der StPOrdnung bloß von dem Fall redeten, wo die behauptete Nichtigkeit begründet befunden worden sei, nicht aber von demjenigen, wo Bedenken gegen die thatsächlichen Feststellungen erster Instanz vorliegen rc."

XXXIII.

Über die Nothwendigkeit der Stellung eventueller Fragen in Fällen des Art. 286 f. und 286. der StPOrdnung. Erkenntniß vom 29. Nov. 1854 nach Dessau.

Der Vollspänner Christoph Schuckert zu B. war wegen Meineids, dessen Sohn Christian Schuckert wegen Verleitung seines Vaters zu diesem Verbrechen in Anklagestand gesetzt worden und diese Anklage kam am 4. Sept. l. J. vor dem Schwurgericht zu D. zur öffentlichen Verhandlung. Den Ersteren erklärten die Geschwornen des Meineids

einstimmig für schuldig, rücksichtlich des Sohnes beantworteten dieselben die Frage:

„Ist der Mitangeklagte, der Vollspänner Christian Schuckert, schuldig, seinen Vater, den Vollspänner Christoph Schuckert, zur Begehung des in der ersten Frage bezeichneten Verbrechens durch Überredung bestimmt zu haben?"

dahin:

a) „überredet" einstimmig mit Ja,

b) „und dadurch bestimmt zu haben" mit Nein durch 8 Stimmen.

Nach Verkündigung dieses Ausspruchs der Geschwornen wurde dem Angeklagten Christian Schuckert vom Präsidenten des Gerichtshofs verkündigt, daß er von der erhobenen Anklage durch die Geschwornen freigesprochen sei, und er sofort entlassen, gegen den Vater aber durch förmliches Erkenntniß des Gerichtshofs auf eine 1½jährige Zuchthausstrafe ꝛc. erkannt.

Der Oberstaatsanwalt erhob dagegen unter Berufung auf Art. 306. Ziff. 5. der StPOrdnung Nichtigkeitsbeschwerde, weil der Mitangeklagte Christian Schuckert gänzlich freigesprochen und nicht wegen ungleicher Theilnahme verurtheilt worden sei, da doch nach dem Ausspruch der Geschwornen zur zweiten Frage unter a. seine Handlung sich als ungleiche Theilnahme am Verbrechen seines Vaters nach Art. 35. des StGBuchs darstelle, mithin seine That nicht straflos sei, vielmehr nach Vorschrift des Art. 256. Ziff. 1. der StPOrdnung die Strafe dieses geringeren Verbrechens hätte ausgesprochen werden sollen.

Durch Erkenntniß vom 29. Nov. l. J. ist diese Nichtigkeitsbeschwerde verworfen worden mit Geltendmachung folgender Gründe:

1) „Der Nichtigkeitsgrund des Art. 306. Ziff. 5. der StPOrdnung liege nicht vor; denn offenbar habe das angefochtene Erkenntniß den Mitangeklagten Christian Schuckert nicht freigesprochen, weil es die Existenz eines Strafgesetzes gegen die ungleiche Theilnahme an einem Verbrechen in Abrede gestellt oder den Art. 35. des StGBuchs unrichtig ausgelegt habe — in welchem Falle ja auch ein förmliches Erkenntniß des Gerichtshofs ertheilt, nicht bloß eine Entschließung des Präsidenten verkündet worden sein würde — sondern weil es in dem Ausspruch der Geschwornen eine Schuldigkeitserklärung wegen ungleicher Theilnahme nicht gefunden habe. Es handle sich daher nicht um eine Frage der richtigen oder unrichtigen Auslegung des Strafgesetzes, sondern nur um unrichtige Beurtheilung thatsächlicher Verhältnisse."

2) „Es könnte nur etwa der Nichtigkeitsgrund No. 9. des Art. 306. der St.POrdnung, daß das Urtheil des Gerichtshofs den Aussprüchen der Geschwornen nicht entspreche, in Frage kommen. Dieser Nichtigkeitsgrund sei aber von der Staatsanwaltschaft nicht ausdrücklich geltend gemacht worden. Wollte man ihn jedoch auch als in der Intention der Staatsanwaltschaft und in der Nichtigkeitsbeschwerde mitenthalten annehmen, so müßte in Abrede gestellt werden, daß wirklich das Urtheil von dem Ausspruch der Geschwornen abweiche. Denn die den Geschwornen hinsichtlich des Mitangeklagten Christian Schuckert vorgelegte Schuldfrage sei von denselben im Wesentlichen verneint worden und Schuckert habe daher von der Verleitung zum Meineid, wegen deren allein er angeklagt gewesen, freigesprochen werden müssen. Habe er nach Art. 256. der StPOrdnung wegen eines geringeren Verbrechens für schuldig erkannt und bestraft werden sollen, so hätte nach dem dritten Absatz des Art. 287. der StPOrdnung und §. 93. der Abänderungen vom 10. Sept. 1850 eventuell eine entsprechende weitere Frage an die Geschwornen gestellt werden müssen. In Ermangelung einer solchen anderweiten bestimmten Schuldfrage könne man aus einer von den Geschwornen vorgenommenen Trennung der Schuldfrage und der Bejahung einzelner Thatsachen nicht mit Sicherheit entnehmen, daß die Geschwornen den Angeklagten eines geringeren Verbrechens für schuldig hätten erklären wollen; im vorliegenden Falle namentlich würde es nicht ganz klar sein, ob die Geschwornen durch die Bejahung des Überredens den Mitangeklagten hätten für schuldig erklären wollen, seinem Vater zu Begehung des Meineids Rath und Anschlag gegeben zu haben. Sei sonach nicht anzunehmen, daß ihn die Geschwornen der ungleichen Theilnahme für schuldig erklärt hätten, so habe auch der Gerichtshof eine Strafe gegen ihn nicht erkennen können."

3) „Der Umstand, daß nicht eventuell auf das geringere Verbrechen eine besondere Frage gestellt worden sei, könne in keinem Falle und am wenigsten, wenn, wie in der gegenwärtigen Sache, auf eine solche Fragestellung gar kein Antrag gerichtet worden sei, Grund zu einer Nichtigkeitsbeschwerde sein, da nach Art. 286. der StPOrdnung die Fragestellung Sache des Präsidenten sei, und über Einwendungen gegen die Fragestellung der Gerichtshof zu entscheiden habe."

Dr. Hotzel,
OAGerichts=Rath.

Erörterungen und Aufsätze über practische Rechtsmaterien.

Über Richtigkeit in Civil-Proceß-Sachen nach Weimarschem Rechte.

[Excurs zu C. W. E. Heimbach[1]) Sächs. Proc. B. I. S. 431 fg., B. II. S. 223.]

Von G. Emminghaus.

I. Die wichtigern Gesetze.

§. 1. Es lassen sich drei Gruppen derselben unterscheiden. A. Die erste wird gebildet durch folgende, auf solche Richtersprüche, die wahre Rechtskraft hervorrufen sollen, und nach der Anschauung des geltenden Rechtes hiezu geeignet sind, sich beziehende Stücke: die Ord-

1) Der Verf. giebt eine Probe Dessen, was Er in der Vorrede zu Bd. I. S. XIII. „Abhandlungen vorbehielt," in dieser Zeitschr. Bd. I. S. 129 fg. Literatur: 1) *C. B. Weiss* de caus. et praescr. quer. null. Lips. 1801, recensirt in C. G. Hübner u. C. A. Tittmann Bibl. jurist. Schrifften 1801. S. 538. 2) J. B. C. Eichmann Bemerk. 1803. S. 237. wo die Altenburgsche Proc. O. v. 1743. mit andern Sächs. P.O. verglichen wird. [Das Schrifftchen von *F. C. L. Mann* ad ord. proc. Sax. Tit. XXXVIII. Tub. 1798. wird als gewichtlos von Eichmann u. Hübner u. Tittmann a. a. O. S. 336. erklärt:] 3) C. von Röder Lehre von den Richtigk. im CivilProc. 1831, recensirt in Beck Repertorium 1831. Bd. IV. S. 227, den Berlin. Jahrb. f. wiss. Crit. 1833. Bd. II. S. 270, (wo auf das hohe Interesse der Erörterung Deutscher Particularrechte in dieser Lehre hingewiesen ist:) u. in der Jen. Lit. Zeit. 1834. Bd. III. S. 266. Der Rechtsfall, dessen Mittheilung v. Röder S. 211. versprach, findet sich in A. Martin Jahrb. für GG. u. RPflege in Sachsen J. III. 1831. S. 218. 4) R. Osterloh ord. bürg. Proc. Aufl. 3. 1851, welcher Bd. II. S. 532—553. eine ganz neue Darstellung giebt. — Der Einsender glaubt, daß Weimar mit dem Königreiche Sachsen bis 1816 auf gleichem gesetzlichen Boden stand. Sein Ziel ist, 1) die heutige Divergenz beider Legislationen als nicht eben erheblich zu bezeichnen: 2) kürzlich nachzuweisen, daß, wenn Adoption des Entwurfs einer Civil-ProceßOrdnung für Weimar und Schwarzburg, dessen die Weim. LandT. Prot. 1853. S. 26. erwähnen, eintritt, somit in Weimar kein Auszug aus einem über Menschen-Gedenken, ja seit bald 400 Jahren, liebgewesenen Hause, sondern wohnlicherer Ausbau desselben in obiger Lehre erfolgen wird.

nung für das von dem Kurfürsten Ernst und dem Herzoge Albrecht von Sachsen errichtete Ober-Hofgericht, welche im J. 1488 [1]) entworfen ward; ihr Inhalt [2]) ist, mit nicht wesentlichen Zusätzen bereichert, übergegangen in nachstehende, successive als Quelle sich dienende, Emanationen: Ordnung für das Hofgericht in Jena v. J. 1566 [3]); Kursächs. Proc. Ordn. vom J. 1622 [4]) Tit. XXXVIII.; Ordnung für das Hofgericht in Jena vom J. 1653 [5]) Cap. XXXVI.; Proceß-Ordnung des Herzogs Johann Wilhelm in Eisenach v. J. 1702 [6]) Tit. XXI. §§. 18. 19. 20.; die Gesetze von 1622. u. 1702 für alle Gerichte die Sache regelnd; — Weimar. Subhastations-Ordnung vom 15. Mai 1798 [7]) §§. 44. 46.; die Ordnung des Oberappellationsgerichts zu Jena vom 3. Oct. 1816 [8]) §§. 23. 24.

---

1) B. G. H. Hellfeld Gesch. d. Gerichtsb. in Sachsen 1781. S. 128. verglichen mit C. G. Haubold Sächs. Priv. Aufl. 3. Abth. I. 1847. S. 11.

2) „Ob Jemand ein gesprochen Urtheil aus Grund einer Kraftlosigkeit oder Nullität anfechten wollte, soll auf das nächste Gericht danach gerechtfertigt und wo er sich daran versäumt, so soll er darnach nicht gehört werden; es wäre dann, daß ein Urtheil aus falschen Gezeugniß oder falschem Instrument erlangt worden, mag in gebührlicher rechter Zeit vor selbigem unsern Oberhofgericht fürbracht u. gerechtfertigt werden." Minder correct ist der Abdruck bei C. Schöttgen u. G. C. Kreysig Dipl. Nachlese d. Hist. v. OSachsen Th. I. 1730. S. 18 fg. 38, als bei K. G. Günther Privil. de non appell. des Hauses Sachsen. 1788. S. 96 fg. 105. — Das. S. 95. die von den Ständen ausgegangene erste Anregung zu jenem Passus.

3) Hellfeld a. a. O. S. 154 sagt, sie sei, bis auf hier Unbedeutendes, Copie der Ordnung für das Hofgericht in Wittenberg v. J. 1550. S. C. A. T. I. 1279. 1338.

4) S. J. Weiske Quellen des gem. Sächs. R. 1846. S. 146.

5) S. F. Schmidt Gesetze. Bd. IV. S. 513. (im Register Bd. X. S. 237. ist die Ziffer 5 verdruckt, n. jene S. 513 gemeint.)

6) S. 129. Die dreimalige neue Einschaltung „oder Decrete" soll blos eigene (nicht bei Dicasterien eingeholte) Sentenzen mit einschließen: S. Eichmann a. a. O. S. 239.

7) S. Schmidt a. a. O. Bd. VIII. S. 311.

8) S. F. von Göckel Gesetze. Th. II. S. 239. §. 24: „Gegen ein OAG-Erkenntniß soll nur alsdann eine Nichtigkeits-Beschwerde erhoben werden können, wenn durch solches a) absolut-wesentliche Bestandtheile des Processes (*substantialia processus*) verletzt worden, oder b) u. s. w. [die Fortsetzung Bd. I. S. 369. dieser Zeitschr.] §. 25. In obigen drei Fällen muß die Beschwerde binnen doppelter Sächsischer Frist im Wege förmlicher Klage bei dem Landes-Justiz-Collegium — angebracht — werden." Ueber Ehenichtigkeit bei

25. 45.; und endlich das Gesetz v. 31. Mai 1817 [1]) §§. 74—79.

§. 2. B. Eine andere Gruppe tritt uns vor Augen in dem Publicandum v. 9. Jun. 1825 [2]): — dem Gesetze über Zuständigkeit der Gerichte v. 15. März 1850 [3]) §§. 1. 12. 13. 17. 18. 21. 22.; dem Gesetz über Rechtsstreitigkeiten, die unter fünf Thalern betreffen, v. 18. März 1850 [4]) §. 7. Alle diese Producte der Legislation scheinen sowohl Sprüche des Characters unter A, als *interlocutiones meras* als Gegenstand zu haben.

§. 3. C. Endlich gehören zusammen, weil sämmtlich außerhalb des Gebietes der wahren Rechtskraft sich bewegend: das Patent v. 29. April 1817 N. I. [5]); und das Pfand-Gesetz v. 6. Mai 1839 [6]) §. 337.

II. Das Recht.

§. 4. Sehen wir in den Gesetzen im §. 1. oben vorerst ab von dem

---

Katholiken und in gemischten Ehen s. Ges. v. 7. Oct. 1823. (Reg. Bl. S. 199.) §§. 48. 49. und Gesetz v. 3. Dec. 1853. (Reg. Bl. S. 355.) vergl. mit den Landt. Verhandl. Stellen im Register unter „Aufhebung."

1) Reg. Bl. S. 61.

2) Reg. Bl. S. 53; „Durch §. 74. des Gesetzes v. 31. Mai 1817 über minderwichtige Rechtsstreitigkeiten (Reg. Bl. S. 61) sollen alle (selbst außergerichtliche) dort nicht genannte Rechtsmittel, namentlich auch die Nichtigkeits-Querel — als Rechtsmittel, untersagt sein und bleiben."

3) Reg. Bl. S. 159. In den Landtags Verh. 1849. 1850 ist, was einschlägt, zu finden mit Beihülfe des Registers s. v. „Justizbehörden," „Patrim. Ger.," „Privileg. Gerichtsst.," „Rechtsstreit."

4) Reg. Bl. S. 170: „Zusatz zu §. 74. des Ges. v. 31. Mai 1817. Gegen den Bescheid des Einzelrichters ist nur eine Nichtigkeitsbeschwerde, über welche das Kreisgericht zu entscheiden hat, in den Fällen zulässig, wenn entweder die Vorladung zum Verhörs-Termine den gesetzlichen Erfodernissen nicht entspricht, oder sich an der Person des Richters, oder der Parteien ein Mangel ergiebt, welcher nach den bestehenden Gesetzen eine Nichtigkeit begründet."

5) Reg. Bl. S. 45. verglichen mit den Vorbereitungen. S. 18. 32.

6) Reg. Bl. S. 259. „§. 337: Die Nichtigkeit einer, wenn auch in zweiter Instanz bestätigten, Verfügung der Unterpfands-Behörde kann von dem dadurch Verletzten sowohl klagend, als auch Vertheidigungsweise im förmlichen Rechtswege ausgeführt werden." Zu vergleichen die Ausführ. Verordn. vom 12. März 1841. Reg. Bl. S. 25. §. 151.

Inhalte der Kursächs. Proc. O. Tit. XXXVIII. im §. 2., u. der Eisen. P.O. Tit. XXI. im §. 18. von den Worten an: „Es würde denn vorgewendet" u. s. w., so ergiebt sich als Totaleindruck aus deren Lectüre, daß man bezweckte, an der Stelle des römischen Decendium, für das Hülfe-Suchen gegen besonders schlimme Kränkungen [1]), die bei aller [2]) gerichtlichen Vertheidigung altgewohn-

1) Rechtsmittel sind alle Quer. null. Deutschen Ursprungs: S. v. Savigny Syst. Bd. IV. S. 384.

2) Die Grundzüge des Sächsischen Processes, mit steter Einschärfung jener Zeitnorm, sind schon zu finden in einer Verordnung Herzogs Wilhelm von Sachsen-Weimar-Thüringen (s. G. Helmrich Geschichte d. Großh. S. Weimar. 1852. S. 66.) v. 1454: „Wir sind mit unsern Grafen, Herren u. Ritterschafften, diese hernach beschriebene Puncte durch alle unsere Fürstenthümer und Lande, auch ihre Herrschaften, Städte u. Gebiete zu halten, einig worden: — Einem jeglichen Kläger soll Gerichts u. Rechts schleunig geholfen werden; — man soll Verhörung thun, als sich in Recht gehört; was Schuld dann der Antworter bekennt, das soll man binnen dreien vierzehn Tagen Ausrichtung von ihm halten: — oder ob er nicht bekennt, alsdann soll dem Kläger ein andrer endlicher Gerichtstag von Ausgang der obigen vierzehn Tage zu Anbringung liegender oder lebender Kundschafft, oder wenn nicht Kundschafft vorzubringen wäre, dem Antworter sein Recht dafür zu thun verhänget werden: wo aber Schuld — in vorberührter Maaße erwiesen wird, dem soll man sechs Wochen Frist geben, sich mit dem Kläger zu einigen. Geschehe aber Weigerung, und mochte nicht Rechts, Gerichts oder Ausrichtung geholfen werden durch die Richter oder Räthe, vor denen das gesucht wäre, das soll man bringen an die Amtleute, die über denselben wären; thäten die dazu nicht, soviel Noth wäre, so soll man es an uns selbst, oder unsere Grafen, Herren oder Ritterschafft, unter denen das geschehn wäre, bringen: alsdann soll von uns, oder denselben, nothdürftige Hülfe geschafft, und die Amtleute, Richter oder Räthe, die die Weigerung gethan, mit Ungnade gestraft werden." S. (C. W. Schneider) Samml. z. Geschichte Thüringens. Zweite Samml. 1772. S. 272. Das *Duplum* der Sachsen Frist begegnet uns, wie im J. 1816, schon 1653 in der Hofgerichts-Ordnung C. XXXVI. verglichen mit C. II. Aber das *Simplum* ist auf 30 Tage abgekürzt im Gesetz v. 13. Mai 1826. (Reg. Bl. S. 54.) Desselben Herzog's Wilhelm geschieht Erwähnung bei H. A. Zachariä Deutsch. StaatsR. Th. II. Aufl. 2. 1854. S. 250. Not. 7. Kursachsen betr. wäre wohl, streng genommen, die Verordnung Kurf. Friedrich's von 1423 (s. meine Pand. d. gem. Sächs. R. S. 34. Sp. 1. Z. 11 fg.) mehr am Platze gewesen. Was aus dem J. 1446 Zachariä allegirt, ist in seiner Quelle (v. Römer Kursächs. StaatsR. Th. II. S. 148.) nur aus L. v. Frankenberg Europ. Herold. 1705. S. 922 erwähnt, wo die Mittheilung in sehr unauthentischer Form geschehn ist. Besser der Abdruck der Landes-Ordnung v. 1446 bei J. J. Müller R.Tags-Theater Th. II. 1719. S. 86. — Zu vergl. F. T. Sachse Weim. Priv. S. 67. — Herr Archivar D. B. Röse in Weimar hat dem Walten dieses H. Wilhelm seine Auf-

te[1]) Sächsische Frist (in den ärgsten Fällen verdoppelt,) dergestalt offen zu lassen, daß eigentlich der Weimarsche Jurist noch heut zu Tage, mit den Gesetzgebern von 1488, und den Eingangsworten des §. 1. der Kursächs. Proc.O. Tit. XXXVIII. richtiger eine der Regel nach erst nach Ablauf einer dreißigtägigen Frist eintretende Rechtskraft annimmt, und den dort im J. 1622 §. 1. weiter unten gebrauchten Ausdruck „Kraft" nur mit: Unstatthaftigkeit einer Anfechtung der sententia qua iniqua, — mit: Vollstreckbarkeit, — wiedergiebt. Vor uns liegen a) G. E. Oeltze (Professor u. Schöppenstuhls-Beisitzer in Jena,) Gerichtliche Praxis. 1782. S. 457.: „Die Nichtigkeitsbeschwerde muß nach der Kursächs. Proc.O. v. 1622, u. nach der Eisenach. P.O. in der Regel binnen Sächsischer Frist von Zeit der Publication des Urtheils angebracht werden. Ausnahmen sind, wenn die Nichtigkeit von falschen Zeugen, oder Urkunden herrührt:" und ein von dem Professor J. E. B. Emminghaus in Jena zu seinen im J. 1790 über Oeltze gehaltenen Vorträgen gegebenes Dictat: „Nicht also gehört unter die Ausnahmen, wenn der Fehler darin liegt, daß contra jus in thesi gesprochen, z. B. daß bei der Verjährung des Eigenthums mala fides nicht zu beachten; kein Beweis verstattet; contra rem judicatam gesprochen; judex incompetens gewesen." b) C. W. Schweitzer's (Professors u. Schöppenstuhlsbeisitzers in Jena) im J. 1812 über Sächs. Civilproceß ausgearbeitetes Heft: „Zur Nullitätsklage berechtigen nur unheilbare Nichtigkeiten, d. h. solche, die durch Unterlassen der Einwen-

---

merksamkeit gewidmet, und hält es für historisch hochbedeutsam wegen weiser Ordnung des LandesStaatsRechts u. Bekämpfung der Hierarchie (zu vergl. meine Pand. d. gem. Sächs. R. S. 58.). Der in den Geschichtsbüchern noch heute üblichen, gar ungünstigen, Schilderung der ehelichen Verhältnisse desselben ist schon C. W. Schneider a. a. O. S. 219 fg. wacker entgegengetreten.

1) S. Sachsenspiegel Bd. II. A. 6: „Welch Urtheil der Mann finden hört, widerredet er es nicht sogleich, nachher mag er es nicht widerreden." R. Sachse SSpiegel. 1848. S. 123. Durch Erinnern an die sachsenrechtliche Bedeutung der technischen Benennung „Tag" [s. meine Pandekten des gem. Sächs. R. S. 778.] wird obige Stelle, ingleichen die in der Wittenberg. Hofgerichts Ordnung v. 1550: „Ein Jeglicher, der leutern will, soll selbiges des andern Tags schrifftlich einbringen" klärer, als das mit unserm A. 6. ähnlich lautende Rescript des K. Gordianus in C. 3. C. VII. 43. durch die angestrengten Bemühungen der Romanisten hat werden wollen: S. Glück Comm. Th. III. S. 363, A. W. S. Francke im Arch. f. civ. Prax. Bd. XIX. S. 391. J. T. B. von Linde Handb. Bd. V. S. 439. A. W. Heffter Syst. des Proc. 1843. S. 581.

dung eines ordentlichen Rechtsmittels binnen des decendii nicht gehoben werden. Welches unheilbare Nichtigkeiten seien, darüber entscheidet das gemeine Recht: S. Gönner Handb. Bd. III. S. 392." c) Acten der zur Berathung der Jenaischen Ober Appellationsgerichts-Ordnung im J. 1816 zu Jena zusammengetretenen ImmediatCommission, worin ein Sitzungs-Protocoll v. 30. März dem §. 24, wie er jetzt redigirt ist, die Abrede folgen ließ: „von aller Frist-Bestimmung soll abgesehen werden;" — ein späteres, nachdem von dem, zu Monitis veranlaßten, Geheimen Rathe und Canzlar Thon in Eisenach bemerkt worden war: „die ProceßOrdnungen enthalten eine Sächsische Frist:" am 23. Sept. niedergeschriebenes, Sitzungsprotocoll aber den nunmehrigen §. 25. festsetzte.

§. 5. Die Auslegung der §§. 24. 25. ward von einem, im Rechtsleben bewanderten, Manne [1]) rasch unter die Feder genommen, aber schwierig gefunden. Wir möchten, etwas von ihm abweichend, Ch. Martins damals auf den meisten Deutschen Civilproceß-Cathedern, auch in Jena, vorfindliches Lehrbuch. Ausg. 4. 1812. §. 13. (in den spätern Ausg. §. 14.) und — worauf v. Röder [2]) hindeutet, — J. C. Gensler's Handb. zu Martin. Aufl. 1. 1814. S. 48. 60. als die Heimath des Ausdrucks: „absolut-wesentliche Bestandtheile" u. s. w. annehmen. Das Sächsische Bürgerrecht hatte ihm C. W. Schweitzer in seinem Lehrbuche des Sächs. Proc. Abth. I. 1813. S. 30. verliehen [3]). Wir schicken weiter unten folgenden Bestrebungen, jenes Ausdruckes Sinn und Gegensätze zu erklären, einige Worte voraus: a) mit dem die Begrenzung des fraglichen Begriffs erzielenden Contradistinguiren beschäftigte sich schon die CammergerichtsOrdnung v. 1521. Tit. XXI. §. 1. am Ende [4]). b) Die Winke C. Liebe's darüber, daß man nicht, wo Etwas in einer Verordnung steht, sogleich auf Ver- oder Gebot bei NichtigkeitsStrafe zu schließen habe, sind zu beachten [5]). c) Ob man am 30. März 1816 Genslers Ab-

1) C. G. H. Bemerk. z. OAGOrdn. Weimar. 1818. S. 30.

2) S. 208.

3) Neuerlich wollte man ihn wenigstens zur Anwendung in Gesetzen nicht geeignet finden: S. Weimar. LandTagsProt. 1849. Bd. III. S. 269.

4) = mit der Camm.Ger.O. v. 1555. Th. III. Tit. 34. §. 1. S. mein Corp. Jur. Germ. 1844. S. 140. 284.

5) Sächs. Zeitschr. f. Rpflege 1839. S. 356. In gleicher Tendenz lau-

rathen [1]) auf sich einwirken ließ, weiß der Einsender nicht. Gewiß aber dürfte sein, daß es dem Zwecke des, den Grundpfeiler aller Justiz bildenden, Institutes der Rechtskraft, welches in das Gebiet des, von den Römern so genannten, „jus *publicum*" zu rechnen ist, nicht zusagt [2]), mit Einwänden dawider allzubereitwillig Den zumal, welcher einer Offensive unterlag, zu hören. Passend verweist man den Besiegten gerade so ad separatum, wie eine Gattin, die formell legal durch Trauung verehlicht ist, wenn sie nachher, sie sei durch Zwang oder Betrug hiezu vermocht worden, behauptet, doch, vor ebenso formeller Ehen-Nichtigkeits-Erklärung, nicht mit etwaiger Ehebruchs- oder Bigamie-Untersuchung verschont wird: S. Weimar. StrafGB. v. 1850. Art. 209 [3]). Ist doch im Erbrechte ebenfalls der Nichtigkeits-Ausspruch nach §. 66. des Gesetzes v. 6. Apr. 1833 [4]) präponderirend.

§. 6. Auf das Publ. v. 1825. (§. 2 oben) wird ein Schlaglicht geworfen einestheils durch den Aufsatz Ch. Martins in A. Martins Jahrb. der GG. u. RPflege in Sachsen J. III. 1831 [5]) S. 286; u. anderntheils durch die, aus sehr zuverlässigen Händen stammenden,

---

tet die Weimar. StrafProc.Ordn. v. 1850. Reg. Bl. S. 283. Art. 208. N. 3. A. 306. N. 3.

1) Handb. zu Martin S. 54.

2) Schätzbare Consideranda in obigem Tone s. im Bundestags Prot. v. 25. Jun. 1835 (mein Corp. Jur. Germ. S. 635.)

3) Wenig fruchtet es, wie 1622 geschah, die regelmäßige Vollstreckbarkeit des Urtheils schon vor Austragung der Quer. null. zu verheißen. Es pflegt zu dem Begehren, daß doch, weil „ansehnlicher Schein" Rechtens in substrato klar sei, ausnahmsweise der SuspensivEffect eingeräumt werden müsse; zu Erörterungen über Unersetzbarkeit, oder Taxabilität des Schadens; über Zureichenheit offerirter Caution u. s. w. verschritten zu werden. Im J. 1834 lief bei der Landes-Regierung in Weimar ein OberAGUrtheil in possessorio summarissimo ein. Der §. 24. der OAGO. mußte herhalten. Im J. 1837 war man glücklich bei dem Puncte angelangt, daß das OAGericht erkannte: „über die Frage vom effect. susp. ist durch das ursprüngliche Proceßgericht in erster Instanz zu sprechen." Dieß ward zu neuen Verschlingungen und Verschraubungen benutzt. Ohnmächtig stand das Gesetz v. 13. Mai 1826 da!

4) Reg. Bl. S. 114.

5) Wir arbeiteten 1822—1825 an Überwindung derselben Schwierigkeit, welche in Dresden durch 1836—1848 sich hindurch zog: S. P. H. F. Hänsel geringfüg. RSachen 1844. S. 78. 108, Bekanntmach. d. OAGer. in Dresden v. 4. März 1848 im Gesetz Bl. S. 31. N. 9.

Motive zu einem, im J. 1847 entstandenen, Entwurfe zu einem Gesetze über den Proceß [1]). Da leuchtet denn hervor, daß Das, was von dem im Publicandum ausgedrückten Verbote nicht ergriffen werden sollte, eben die Categorie unter a. im §. 24. vom J. 1816 war. Hierunter (unter die Fälle, wo 1816 Quer. null. eingeräumt werden sollte) fielen aber keineswegs Fehler, die nur erst im Urtheile selbst sich herausstellten, nicht in den Prämissen, welche als Unterbaue ihm dienten. Mit den von dem Oeltzischen Commentator in §. 4. oben aneinandergereihten Fällen stehen offenbar auf gleicher Linie alle Fälle, wobei ebenso freigewollte Disposition der Partei (S. unten §. 7.) den defectus saniren kann, z. B. Mangel Gehörs über Einreden u. s. w.; Gerichtsspruch ohne Erfordern actenmäßig nöthigen Beweises; über Etwas, das nicht objectum litis war; Verurtheilung Klägers in Mehr, als Kosten; Attentat des Unterrichters, der über eine Appellation sich hinwegsetzt [2]); Incompetenz wegen Versäumung der Nothfrist, oder wegen Ausschreitens ultra gravamina. Wir werden bündig argumentiren, diese Gestaltungen seien vom Absatz a. des §. 24. nicht berührt, weil zu dem *tenor* sententiae erst die Absätze b. u. c. des §. 24. bei Enumeration der Nichtigkeitsgründe sich hinüberwenden [3]). Wir werden weiter kaum irren, indem wir Begriffsidentität statuiren zwischen dem Stoffe, der, wie gedacht, unter a. im J. 1816. — und welcher im §. 7. des Gesetzes v. 18. März 1850 der Legislation vorgeschwebt hat. Interessant ist es, in den LandtagsVerhandlungen [4]) zu belauschen, wie nach und nach aus dem ersten Entwurfe: „wenn die Vorladung den gesetzlichen Erfodernissen nicht entspricht:" (gerade wie man in Dresden mit den Worten der Erläut. P. O. v. 1724. ad Tit. XXXVIII. §. 1. „ex defectu citationis oder

---

1) In dem LandTagsSchrifft.Wechsel 1847. S. 10. als Beilage erwähnt.

2) G. A. Ackermann Rechtssätze N. F. Bd. IV. S. 335.

3) Ähnlich, nur umgekehrt, wird das Ratiocinium gebraucht um dem, gleichfalls des Ausdrucks in unserm §. 24. a. sich bedienenden, Anhaltschen Gesetze v. 16. Sept. 1817 das wahre Verständniß abzugewinnen im Urtheile bei A. Martin a. a. O. S. 237.

4) 1849. Schrifftenwechsel S. 382. 437. 648. Prot. Bd. III. S. 269 fg. Hier auch Betrachtungen, wie unpolitisch Zulassung von allzuvielen Nicht.Beschw., wenn man dem Drucke der Centnerschwere der Schriftlichkeit zu entrinnen sich sehnt.

mandati" tief genug die Sache gegriffen zu haben hoffte!) die Textirung, wie heute zu lesen, erwuchs.

§. 7. Etwa wie der im §. 5. gedachte Schweitzer (indem dieser auf Gönner verweist,) hatte dem J. R. A. v. 1654. §§. 121. 122 [1]). schon im J. 1667 der von dem Herzog Johann Ernst von Weimar zu einem Gutachten aufgefoderte LandesOberaufseher (Chef des JustizCollegiums) in Eisenach Rücksicht geschenkt [2]). Allein Schweitzer bewies hiebei größern, durch Hinblick auf den Geist des

1) mein Corp. Jur. Germ. S. 493.

2) Der Herzog Johann Ernst ließ am 18. Jun. 1667 an die Regierung zu Altenburg schreiben: „Die Parteien ziehen in Streit, ob die Nullitätsklage nach gemeinen Rechten binnen 30 Jahren, oder, angesehen im Kurfürstenthum Sachsen es also verordnet, binnen Sächs. Frist anzustellen sey; wir möchten gern wissen, wie es Ihrerseits gehalten wird?" Die Regierung antwortete am 1. Jul. 1667: „man richtet sich nach der Jenaischen HofgerichtsOrdnung v. 1653. C. 36. Weil sie aber nur in solchen Fällen, wo die N. K. wider ein gesprochen Urtheil angestellt werden, ein ziemlich kurz Fatale setzt, da doch de jure communi solche querela eher nicht, als in gebührender Rechtszeit verlischet, so sind wir, wenn bei Subhastations- u. Executions-Processen, decretis oder andern actibus judiciariis Nullitäten begangen, und darüber geklagt worden, ratione temporis bei den gemeinen Rechten verblieben und haben die Nullitätsklagen verstattet, obschon die in der Hofg.O. gesetzte Zeit verstrichen, allermaßen *Carpzov* Proc. Tit. 19. A. 3. N. 13. attestirt, daß im Kurfürstenthum Sachsen die Sächs. Frist ebenfalls nur in den Fällen beobachtet wird, wenn ein gesprochen Urthel ex capite null. angefochten ist." Der Herzog erfoderte nunmehr obiges Gutachten das, datirt vom 24. Dec. 1667, dahin lautete: „mich bedünkt, um Erhaltung der obrigkeitlichen Autorität sowol, als auch der Parteien selbst Besten willen, für welche Anfangs gesprochen worden, sowol der sicherste und billigste, auch zu Abschneidung vieles weit hinausgespielten Proceßführens, dienstlichste Weg zu sein, daß es regulariter bei Anstellung der Nullitätsklagen der Zeit, oder des fatalis wegen, bei der Kurfürstl. Proceßordnung in diesen Sächs. Ländern hinfüro, weil bis dato keine gewisse Constitution davon gemacht worden, allerdings zu lassen; jedoch nicht ohne Reflexion auf das im J. R. A. v. 1654. §§. 121. 122. befindliche Temperament, daß nemlich, wenn die geklagten Nullitäten insanabilem defectum aus der Person des Richters, oder der Parteien, oder auch aus den substantialibus processus nach sich führen, und in continenti vorher zu bescheinigen seyn würden, alsdann auch noch binnen 30 Jahren quer. null. stattfinden, und in judiciis angenommen werden soll." — Die Anhaltsche Proc. Ordn. v. 1666. klammerte sich an den §. 121. des J. R. A., und überging den §. 122. ganz. Nach v. Röder a. a. O. S. 183 fg. und Heimbach Bd. I. S. 436. hat dieses Verfahren durch eine, noch diese Stunde andauernde, Controverse sich gerächt.

Sächsischen Processes [1]) gestärkten, Muth. — Der über die zaghafte Bestimmung im §. 122 des J. R. A. auch wieder am 23. Sept. 1816 (§. 4. oben) für den Sächsischen Proceß errungene Triumph verliert wohl, — und Dieß darf uns auf den Standpunct, daß die 60 Tage, die jetzt im §. 25. der OAGOrdn. v. 1816 zu finden, mit den 10 Tagen im §. 73. des Gesetzes v. 31. Mai 1817 parallel laufen, erheben, — sein Befremdendes, wenn man erwägt, daß ja stets eine, in der P. O. v. 1622, während sie daran bereits im Tit. IV. §. 1. eindringlich gemahnt hatte, dennoch bei Anlaß der Urtheilspublication nochmals ganz speciell im Tit. XXXIV. eingeprägte, — vollkommen legale, gerade auf Eröffnung eines Richterspruchs lautende Vorladung [2]), also z. B. eine solche, die, während ein *minor* verklagt war, und processirt hatte, einem volljährigen Erben desselben; — oder während die frühern Ladungen in dem Processe einem *procuratori falso* [3]) zugegangen waren, dem Principale behändigt ist, unterstellt wird. Ob man auf irgend ein Recht, an seinem Vermögen oder sonst, verzichten will, dazu muß man, selbst wenn auch

---

1) S. Dessen Lehrb. a. a. O. N. 1. u. Note 40. — A. E. Kori bürg. Proc. 1822. S. 4, Heimbach a. a. O. S. 42. N. 1.

2) Wir täuschen uns schwerlich, indem wir die Erl. P. O. (Stelle §. 6. a. E. oben) von dem Falle, wo es hieran mangelt, verstehen: S. Hübner und Tittmann a. a. O. S. 548. Anderer Meinung ist J. C. B. Eichmann a. a. O. S. 256.

3) Aequipollent mit diesem Falle ist der, wenn die Insinuation völlig unterblieb. In einem solchen Falle, der bei einem Gericht erster Instanz mit der Ladung zum ersten Termin vorgekommen war, gelangte das Oberappellationsgericht Dresden (Woch. f. Rfälle 1850. S. 409, auch in J. A. Seuffert Archiv f. Entscheid. Bd. IV. S. 309.) mit Beifall Osterlohs (a. a. O. S. 541.) zu der Meinung, schon mit Versäumung der für die Appellation geordneten zehn Tage habe der Beschwerte Alles verloren. Die Divergenz unsrer Ansicht trägt nur 20 Tage aus! — Man muß sich hüten, die Proc. Ordn. v. 1622. Tit. VII. §. 6, oder die Eisen. P. O. Tit. II. §. 13. hereinzuziehen. Diese Stellen sprechen von einem *rite* citirten Streittheile, und spiegeln das Axiom ab: „in fraudem adversarii ratihabitio fieri nequit.“ Zu vergl. *C. G. Biener* opusc. V. II. p. 124, *Biener* proc. ed. 1834. T. I. p. 77, Sächs. Ztschr. 1839. S. 101. Geschah die Insinuation an einen unlegitimirten Advokaten, so ist die Verhandlung blos in Gefahr, nichtig zu werden; und zwar, weil Jener seinen Amts-Eid geleistet hat, in einer gar entfernten! S. Gensler a. a. O. Aufl. 2. S. 108. Osterloh ord. Proc. Bd. I. S. 300. 309, Heimbach a. a. O. S. 125. 134. Auch Weim. Publ. v. 6. Sept. 1838. Reg. Bl. S. 144.

aus noch so weitläuftigen Acten Information [1]) nöthig ist, billig [2]) binnen 60 Tagen sich entschließen. Freilich wird der Punct der Legalität der Ladung recht scharf zu erwägen sein. Daß in appellatorio erlassene Rescripte rite durch Zufertigung in vim publicati eröffnet werden, bezeugte 1834 das Oberapp. Ger. Jena als Gerichtsbrauch. Auch sprach 1819 Dasselbe aus: die Mängel der Insinuation werden nach l. 1. §. 1. D. II. 12, *Wernher* l. c. 346, *Leyser* sp. 52. m. 6. geheilt, dafern die Partei desungeachtet im Termin erscheint. Dagegen lehrt *J. E. J. Müller* observ. ad *Leyser*. T. V. fasc. 1. 1792. p. 110, eine zufällig erlangte Kenntniß des Urtheils sei ohne Wirkung.

§. 8. Daß der Scharfsinn im Stande bleibt, Complicationen sich auszudenken, wo die enge Grenze des §. 25. der OAGOrdn. Opfer zu erheischen scheint, leugnen wir nicht. Ein minor, den alle Welt für großjährig hielt, ein demens, bei dem die insania verborgen lag, kann den Proceß geführt und verloren, sein Erbe kann jene Zustände erst im dritten Monate nach, ihm, dem Erben, geschehener Eröffnung des OAGUrtheils erfahren haben. Allein darum darf uns keineswegs allzusehr bangen vor ungebührlichem Niederdrücken des materiellen Rechtes durch das formelle. Die drei am Ende des §. 16. unten erwähnten Dicasterien werden zu einer restit. in integrum [3]) gegen den Ablauf der 60 Tage bei solcher Gestaltung gern sich herbeilassen.

§. 9. Allerdings zeigen sich störende Zweifel [4]) über die Verschmel-

1) Die Frist im §. 45 der OAGOrdn. ward wohl mit Hinblick darauf umfänglicher gegriffen, weil hier stets Behörden die Cognition anstellen, bei denen leicht Geschäftsüberfluß sich einstellt. Aehnlich die Weim. Landgemeinde Ordn. v. 1. Febr. 1840. (Reg. Bl. S. 48) §. 88.

2) Die Empfindung sträubt sich wider von dem Behandeln der Strafsachen allzu difformes der Civilsachen: S. F. B. Busch im Arch. für civ. Praxis. Bd. XXXVII. S. 63. Und doch müssen bei erstern die, — um sogenannte unveräußerliche Güter kämpfenden, — Betheiligten innerhalb des sechsten, bezügig zwölften Theils obigen Zeitraums mit sich in das Reine kommen: S. Weim. Straf-Proceß Ordn. 1850. Art. 207. 307. [Vergl. Gesetz v. 9. Decbr. 1854. Reg. Bl. S. 365. §§. 43—49.]

3) Für eine ähnliche Verlegenheit rieth hiezu die Facultät Jena bei A. Martin Jahrb. a. a. O. S. 227. — Auch zu vergl. Weim. StrafProc. O. v. 1850. A. 308. 320. R. Schmid Wochenbl. f. StrafRPfl. 1851. S. 26. 47. Ferner Bundestags Prot. v. 25. Jun. 1835. S. Note zu §. 5. oben.

4) Ist es doch, als ob der Fluch auf unserer Materie laste, daß sie, — mit A. W. Heffter Syst. des Civ. Proc. 1843. S. 575. zu reden, — schwer „in

zung des Publicandum v. 8. Jun. 1825 mit §§. 1 u. 12. N. 2. des Gesetzes v. 15. März 1850 und mit §. 7. des Gesetzes v. 18. März 1850. Wir geben, den in §§. 1. 2—6 oben angebahnten Pfad verfolgend, einige Probabilia zur Lösung: a) die Tragweite des, nirgends ganz [1]) aufgehobenen Public. v. 1825 dürfte bis dahin sich erstrecken, daß für Fälle, die, wie unser obiger §. 7. es beschreibt, sich gestalten, die Gegensätze des §. 13. und des §. 17. N. 1. des Gesetzes v. 15. März 1850 maaßgebend sind. Das Feld, welches die Kreisgerichte vermöge des §. 12. N. 2. dieses Gesetzes u. §. 7. des Gesetzes v. 18. März 1850 noch erobern konnten, ist blos der zweitinstanzliche Spruch aa) über *interlocutiones meras* [2]) (wohl überlegt vermeidet §. 12. N. 2. den Ausdruck „gegen Erkenntnisse"; wir verweisen, was Richtigkeitsbeschwerden wider solche, an Werthe 5 Thlr. — 24 Thlr. 29 Gr. 11 Pf. betrifft, auf §. 10. unten, wonach sie von den Kreisgerichten abzuurtheilen sind); — hier ist die Richtigkeitsbeschwerde — argum. des §. 335. des Pfandgesetzes [3]) an keine Frist geknüpft: — bb) über nicht fünf Thaler betreffende *definitivas* [4]), wobei die Quer. null. an die zehn Tage im §. 73. des Gesetzes v. 31. Mai 1817 gebunden [5]) ist. b) In Sachen 25 Thaler bis 99 Thaler 29 Gr. 11 Pf. an Werth, hat man Conflicte zwischen dem, nach

---

Rand u. Band" zu bringen ist! S. Osterloh a. a. O. S. 548. — Das neuste Sächsische Erzeugniß, das Altenburg. Gesetz zu Verbess. d. Proc. in Civilstreit. v. 14. Oct. 1852 schweigt darüber, wiewohl nach Eichmann a. a. O. der dortige Zustand kaum ein gesunder in unsrer Lehre ist.

1) Nur die Worte: „selbst außergerichtliche" müssen wir als abrogirt im J. 1850 uns vorstellen.

2) Die Kreisgerichte und das Appell. Gericht können z. B. über Nothwendigkeit der Mitvorladung des Mannes nach unserm Ehegüterrecht differentiren. S. Wochenbl. f. R. F. 1854. S. 277.

3) Reg. Bl. 1839. S. 325. Vergl. §. 22. unten. — Ueber Anhaltschen Strafproceß s. Schmid's Wochenbl. S. 113.

4) Der Accent im §. 7. des Gesetzes vom 18. März 1850 ist auf das „Nur" zu legen, m. a. W. die wahrhaft neue legis dispositio besteht im gänzlichen, die Appellation versagenden, Abschneiden der zweiten Instanz für alle Fälle, wo sententia solummodo *iniqua*, oder nulla, aber lediglich *ob tenorem* (nicht der Prämissen halber) nulla vorliegt.

5) Wie unsymmetrisch wäre gänzliche Frist-Fessellosigkeit hier, gehalten neben die 60, 30 Tage bei Sachen von oft größter Wichtigkeit; ja 10 Tage bei Sachen von 5 Thlr. — 99 Thlr. 29 Gr. 11 Pf.!

a. aa. sprechenden, Kreisgericht und dem, nach §. 17. N. 1. des Gesetzes v. 15. März 1850 in diesem Kreise wesentlich gebietenden, Appellationsgericht als dadurch, daß denn auch die zweitinstanzliche interlocutio mera ohne die Prätension einer Rechtskraft auftritt[1]), — verhütet aufzufassen.

§. 10. In Sachen an Werth 5 Thaler — 99 Thaler. 29 Gr. 11 Pf. können Nichtigkeiten, nicht allein solche, wie der Deltzische Commentator nach §§. 4. 6. oben construiren wollte, sondern auch solche, wie sie in unserm §. 7. oben bezeichnet, — nur in der Appellationsform geltend gemacht werden. Wir haben an dem Martinschen Aufsatze §. 6. oben S. 292. festzuhalten. Indem der durch Ch. Martin mitgetheilte Bericht S. 290. 294. die Nichtigkeits-Einrede ohne Frist-Schranke zu hören geneigt sich ausspricht, will er schwerlich über causae figuras, wie wir sie im §. 7. oben uns denken, entscheiden. Auch die Motive v. 1847 (§. 6. oben,) arbeiten auf Geltung des decendii im motivirten Entwurfe (s. dessen §. 226. N. 2.) hin.

§. 11. In wichtigen Sachen hingegen ist dem gravato nicht verwehrt, seine Nichtigkeitsbeschwerde in die Berufungsform einzukleiden. Er hat, wenn ein Kreisgerichts-, oder ein Appellationsgerichts-Urtheil, jedoch nicht, weil es sententia iniqua, sondern indem es sententia *nulla*, — und zwar nicht blos im Sinne unseres §. 7, sondern auch, weil es sent. nulla im Sinne des Deltzischen Commentators in den §§. 4 u. 6. oben ist, ihn verletzt, die Wahl zwischen der Appellation und der in der Kursächs. Proc. O. v. 1622. Tit. XXXVIII. §. 1, sowie der Eisenach. Proc. O. Tit. XXI. §. 18. im ersten Satz geordneten querela nullitatis.

§. 12. Keineswegs trifft in wichtigen Sachen den Beschwerdeführer der Vorwurf mit Recht, daß bereits im Wege der Appellation, ohne daß er damit durchzudringen vermocht hätte, sein Nullitäts-Moment erwogen sei. Vielmehr läuft ihm die Frist der 30 Tage erst von der Zeit, wo der Appellationsspruch ihm eröffnet wurde. So ist es in einem Falle, der 1853 im Juli dem Appellationsgerichte Eisenach, und 1853 im November dem Oberappellations-Gericht vorlag, angesehen worden[2]).

1) Gerade wie wenn es in Fällen der Perhorrescenz, des fori identit., oder des §. 6. des Ges. v. 14. März 1850 (Reg.Bl. S. 155) decretirt.

2) Ebenso Eichmann a. a. O. S. 260.

§. 13. Dagegen wäre es gewiß ein eitler Wahn, wollte ein Beschwerter entbunden von der Wahrung der 30 Tage darum sich erachten, weil er in einer solchen factischen Stellung ist, daß er blos zu seiner Vertheidigung zur Nullität seine Zuflucht zu nehmen braucht. Kori [1]) macht aufmerksam darauf, daß die Kursächs. P. O. zwischen den Ausdrücken: „actio nullitatis," „Nullität vorwenden," „ein Urtheil anfechten" abwechselt. Was oben im §. 5. unter c. gesagt, kommt in Erwägung. Aehnliches ist von den 60 Tagen im §. 7. oben zu behaupten.

§. 14. Anlangend die Form der Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde wider Erkenntnisse, oder Resolutionen der Unter- und Mittel-Gerichte, so wie die Verhandlung darauf, so dienen A. wenn in den seitherigen Acten nicht bewahrheitete Thatumstände darin nicht angezogen werden: a) in minderwichtigen Sachen, gemäß dem §. 10. oben, die §§. 75. 76. des Gesetzes v. 31. Mai 1817: — b) in wichtigen Sachen, — entweder §. 37. des Gesetzes vom 12. April 1833 [2]), oder §. 36. dieses Gesetzes und das Gesetz v. 4. März 1842 [3]), — jedoch wohl mit der Modification zur Norm, daß die Einwendungsfrist zugleich mit für die Ausführung, in dreißig Tagen, und eine gleiche für die Widerlegung besteht. Die Analogie mit dem Appellations-Verfahren scheint zu diesem Resultate, wenn §. 4. oben mit gewürdigt wird, hinzulenken. B. Wird hingegen über neue Thatsachen, d. h. die seither weder eingeräumt noch erwiesen sind, verhandelt [4]), — Fälle, welche auf die in der Kursächs. P. O. Tit. XXXVIII. §. 1. erwähnte „Clausel" hinführen können! — so muß eine förmliche Klage eingereicht, darauf, wie auf andere Ordinarklagen ausgefertigt u. s. w. werden.

§. 15. Für Quer. null. gegen Sprüche des Oberappell. Gerichts wird letztgedachte Form im §. 25. der OAGOrdnung vorgeschrieben. Im §. 22. des Gesetzes v. 15. März 1850 ist das Nöthige über das Richtersubject [5]) angeordnet. Nicht einstimmen können

1) a. a. O. S. 322.

2) Reg. Bl. S. 173.

3) Reg. Bl. S. 105. Erstreckung der Einwendungs- und Ausführungs-Frist wäre unvereinbar mit §. 39. des Gesetzes v. 12. Apr. 1833.

4) Die Constellation s. z. B. in c. 3. 4. X. I. 38. (Gegensatz im c. 13. ib.), ingleichen im Weim. Sportel-Gesetz v. 6. Dec. 1853. (Reg. Bl. S. 369.) Worte „Jemand sich fälschlich" u. s. w.

5) S. Note 1) zu §. 16. unten über das Rescript v. 22. Sept. 1820.

wir in die Klage [1]): daß eine Lücke sich finde bezügig der nach Art. XII. der Deutschen Bundes Acte eingeholten Urtheile auswärtiger Dicasterien [2]). Die Lehre A. W. Heffters [3]), „solche Dicasterien treten ganz an die Stelle des verschickenden Gerichts," wird bestätigt durch die von J. F. Ludovici mitgetheilte Glosse zum Sachsenspiegel [4]), und durch *Const. Sax.* P. I. c. 26 [5]).

§. 16. Schon B. Carpzov [6]) äußerte über unsere Sachsen-Frist §. 4. oben: „introductus terminus Saxonicus, quia per actiones nullitatis lites non parum protelantur, quas tamen abbreviari publicitus interest." Mit noch größerer Ungunst behandelt füglich die Gesetzgebung Rechtsmittel, welche im Nichtigkeitsverfahren ergriffen werden wollen. Wir sind auf der Leiter von Sprosse zu Sprosse hiebei höher gestiegen: a) durch das Circular v. 5. März 1783 [7]), b) durch die §. 25. der OAGOrdnung v. 1816: c) durch §. 12. N. 2, §. 18. des Gesetzes v. 15. März 1850, woselbst dagegen zur Beruhigung der angeblich in einer nichtigen Sentenz verletzten Partei die vis *devolutiva* [8]) der quer. null. in ihrer Reinheit, in

---

1) S. S. H. Bemerk. (Note 1. zu §. 5. oben) S. 22.

2) Patent v. 20. Dec. 1816. v. Göckel Samml. Th. II. S. 333. N. VIII.

3) a. a. O. S. 243.

4) Die Ausg. v. 1720, zu S. Sp. Bd. III. A. 78. „Der das Urtheil fragt ist der Richter, und nicht der es findet" u. s. w. S. 572.

5) J. Weiske a. a. O. S. 46.

6) Pross. jur. Art. XIX. Tit. 3. n. 10.

7) „Nachdem der Fall vorgekommen, daß gegen drei übereinstimmende Rechtssprüche sich der NullitätsQuerel bedient und wenn hierauf durch Urtheil auf Unstatthaftigkeit dieser Querel erkannt, und dennoch sich hierwider einer Leuterung angemaßet worden, und dann dergleichen unleidlicher Verschleifung der Processe durch Einwendung fernerer remediorum wider eine auf Unstatthaftigkeit der Nullitäts-Querel ausgefallne Sentenz vorzukommen gewesen, als haben Sereniss. festzusetzen für gut gefunden, daß künftig gegen eine auf die Unstatthaftigkeit der eingereichten NullitätsQuerel erkennendes Urthel nicht mehr als Ein Remedium zugelassen und hiebei die zu pränumerirenden ordnungsmäßigen Succumbenzgelder verdoppelt werden sollen. Es werden daher sämmtliche Unterobrigkeiten des hiesigen Fürstenthum's und der Jenaischen Landes-Portion, welche gegenwärtigen Umlauf gehörig zu präsentiren haben, hiemit angewiesen, dieses Circular gehörig zu publiciren, auch sich selbst nach dessen Vorschrifft gehorsamst zu achten. Weimar am 5. März 1783. Canzlei." Unvollständig der Abdruck bei J. Schmidt Ges. Bd. V. S. 476. — Die obigen Succumbenzgelder sind in der Kursächs. Pr. O. v. 1622. Tit. XXXVIII. §. 1. am Schlusse in simplo genannt, und nirgends abgeschafft.

8) Das OAGericht sprach 1834: „Die Nichtigkeits-Beschwerde bei dem ver-

sofern dies nicht doch wieder, um die Gliederung der Rechtshülfe in zwei Instanzen möglich zu machen, in den sechs Endworten des §. 18. aufgegeben werden mußte, — während übrigens der §. 23. der OAGOrdn. v. 1816 an sich unverändert gültig blieb, — gewahrt ist: d) Endlich durch §. 22. des Gesetzes v. 15. März 1850, wodurch letztlich [1]) Alles in den Schooß der Justiz-Collegien zu Gotha, Coburg und Hildburghausen gelegt erscheint.

§. 17. Daß a) in, bei Justizämtern und Stadtgerichten anhängig gewordenen, Sachen von Werth unter fünf Thaler den Kreisgerichten das Vertrauen zu Theil geworden ist, daß sie über die Richtigkeitsfrage zum ersten, und auch zum letzten Male nachzusinnen haben, deduciren wir daraus, daß das Wort „ordentliches" im letzten Satz des §. 12. des Gesetzes vom 11. März 1850, nicht aber im Schlußsatze des §. 1. jenes Gesetzes, und auch nicht im §. 7. des Gesetzes v. 18. März 1850 steht. b) Nach denselben Vorschriften, nach den §§. 9. 10. oben, so wie nach §. 17. a. E. des Gesetzes v. 15. März 1850, verglichen mit §. 74. unter N. 2. des Gesetzes v. 31. Mai 1817, statuiren wir, das Auge geheftet auf II. 12. 26—28. D. I. 3, daß, falls ein Kreisgericht durch seinen zweitinstanzlichen Spruch um 5 Thaler, aber weniger als 25 Thaler, per sententiam nullam verletzte, dem Appellationsgericht nach §. 18. des Gesetzes v. 15. März 1850 das obige Zutrauen gleichfalls geschenkt ist [2]). c) Gleiche Betrachtungen bewegen uns, alsdann, wenn ein Erkenntniß des Appel-

---

letzenden Unterrichter anzubringen, kann der Querulant nicht genöthigt werden, zumal wenn der Oberrichter das gravirliche Erkenntniß bestätigt hat. Sie ist dann aus Rücksicht auf den Oberrichter bei diesem zu verhandeln." — Zu vergl. Cammergerichts O. v. 1555. Th. III. Tit. 3. u. in der in der Note zu §. 5. angezogenen Stelle. Auch R Hof-Ordn. v. 1654. Tit. II. §. 1. (mein Corp. Jur. Germ. S. 467.)

1) Landkartenstudium erfordert die Anwendung des §. 25. der OAGOrdn. vom 1816; factisch freilich durch den, die §§. 28. 29. des Gesetzes vom 5. März 1850 (Reg. Bl. S. 103.) ausführenden, Staats Vertrag vom 23. März 1850 (Reg. Bl. S. 455.) A. 1. abrogirt. — Eine Palliative, berechnet auf docile Querulanten, um sie in Zeiten abzumahnen, jedoch gegen hartnäckig ihrer Quer. inhärirende unwirksam ist das Rescript *Serenissimi* v. 22. Sept. 1820 bei v. Göckel Th. II. S. 1554.

2) Im Königreich Sachsen ist man noch sparsamer mit dem rechtlichen Gehör bei Sachen bis 20 Thaler: die Doctrin im Woch. f. R f. 1844. S. 188. billigt Osterloh summ. Proc. §. 95. S. Note zu §. 6. oben.

lations Gerichts nulliter über einen Werth von weniger als 25 Thaler sprach, bei seiner, auf Quer. null., vermöge §. 18. a. E. des Gesetzes v. 15. März 1850 gegebenen Entscheidung als *Ultimatum* es bewenden zu lassen. d) Hat endlich ein Kreisgericht, oder hat das Appellationsgericht durch Sprüche um 25 Thaler, bis 99 Thlr. 29 Gr. 11 Pf., nichtiger Weise gekränkt, so meinen wir, die Oberappellation könne, wider, nach §. 18. des Gesetzes vom 15. März gefällte, Urtheile, nicht etwa um des §. 20. N. 11. der OAGOrdnung v. 1816 willen verkümmert werden. Den unter die im §. 21. am Fuße des Gesetzes vom 15. März 1850 gedachten „Bestimmungen" gehört neben §. 23. der OAGOrdnung auch N. VII. des Patentes v. 20. Dec. 1816 [1]). Die hier fraglichen Sachen sind nach I. 26—28. D. I. 3. heute im Sinn des Patents schriftsäßige. In besten Einklange mit den obigen Sätzen a. b. c. d. darf man die Mehrzahl der Votanten in der Landtags-Sitzung [2]), worin man obige §§. des Gesetzes v. 15. März 1850 durchsprach, sich denken.

§. 18. Weiter nun aber erachten wir, daß zu Vervollständigung und Abrundung unseres kleinen Systems die oben im §. 3. aufgeführte Norm aus dem J. 1817 [3]) herbeizuziehen sei; und daß hiebei

---

1) v. Göckel Th. II. S. 333.

2) Prot. v. 1849. Bd. II. S. 299—305.

3) Wohl wehte durch §. 27. der OAGOrdn. v. 1816 noch der Athem, welcher im Schlusse obiger Verordnung v. 1454 (§. 4. oben Note), und in der Kursächs. P. O. v. 1622. Tit. I. (meine Pand. d. gem. Sächs. R. S. 68.) uns entgegenkommt. Allein als eine Landtags Erklärungs Schrifft vom 21. Febr. 1817 ein Monitum: „um der Reinheit der Rechtspflege, der Unabhängigkeit der Justiz willen" erhoben hatte, da ward im Patente v. 29. Apr. 1817, worin wohl unverkennbar der Regent seiner Thätigkeit bei Lösung der Frage, ob irgendwo die OAGOrdn. §. 20. N. 6. 7. 9. 10. maaßgebend sei, zu Gunsten des Oberappellationsgerichts sich entäußerte, in dieser dornigen Materie [S. mein Corp. Jur. Germ. Th. II. S. 95. 162. Gießener Ztschr. Neue F. Bd. X. S. 18. Bd. XI. S. 391.] der dem Deutschen Gemüthe so wohlthuenden Theorie beigepflichtet, wie sie in der Hall. Encyclopädie Sect. II. Th. XXX. S. 85 fg. u. bei H. A. Zachariä a. a. O. S. 205 fg. 233 fg. 236 fg. verkündiget ist. [An positiven Haltpuncten hätten hier auch noch der Reichs-Abschied v. 1532. Tit. III. §§. 16. 17, R. A. v. 1594. §. 91, u. die RHofR. O. v. 1654. Tit. V. §. 7. (S. mein Corp. Jur. Germ. S. 170. 416. 472.) allegirt werden können.] — In unsern Bereich gehörig ist wohl nicht die in das Revidirte Grundgesetz v. 15. Oct. 1850 (Reg. Bl. S. 615.) §. 49.

Freiheit von den bisher erwähnten Fristen, ja von allen Zeitschranken, die Klagverjährung ausgenommen, eingeräumt werden müsse. In Fällen, wo Sprüche a) die von mit dem Richtereide nicht belegten, oder nicht in gesetzlicher Vollzahl [1]) abstimmenden, Männern; b) von, ohne daß Prorogation geholfen hätte, unzuständigen Gerichten herrühren; oder c) juristische Unmöglichkeiten, z. B. Auflehnen gegen FundamentalSätze der LandesVerfassung in sich enthalten; d) RechtsVerhältnisse, die zwischen andern Personen, als den beiden Streittheilen, bestehen, ergreifen, oder endlich e) nicht gebührend eröffnet sind, — zu einer Grundlage für exceptio rei judicatae, oder sogar für eine Hülfsvollstreckung gebraucht werden sollen, — eine Justizverweigerung [2]) wegzuleugnen, ist daraus, daß ein äußerlich zwar als sententia, jedoch innerlich als Mißgeburt erscheinendes Dictum vorliegt, blos mittelst eines Cirkelschlußes zu begründen. Das im Patent v. 29. Apr. 1817. I. N. 4.

---

gebrachte Stelle über „Eingriffe eines Staats-Ministers in die Rechtspflege." Man hat die Idee, Civilrechtliche Erörterungen (die Quasi-Syndicatsklage) in diesen Kreis zu verweben, 1850 Ansprüche der Staatskasse betreffend, (während man in Beziehung auf dergleichen Ansprüche der Privaten jene Idee gleich Anfangs abwies,) nach längrer Debatte fallen lassen [S. Landt. Prot. 1849. Bd. III. S. 987 — 991. 1178]. — Indeß ein mächtiges politisches Vehikel für Das, was oben als bezielt erwähnt wird, bildet es doch gleichfalls, wenn ein Verfahren eröffnet ist, wodurch die opinio eines im Staate so wichtigen Organ's, als der Landtag ist, dem Großherzoge und zwei andern Staats-Ministern (S. Gesetz v. 5. März 1850. Reg. Bl. S. 103. §§. 59. 62. N. 4.) einen Ministerial-Act zu dem Ende unterbreitet, damit auf dem Grund obiger Stelle eine officielle Mißbilligung desselben erfolge. Ist letztere laut geworden, so dürfte die Partei nach Umständen nicht zaudern, mit ihrer Regreßklage gegen den Getadelten hervorzutreten. — — Über die ganze Lehre kann noch geforscht werden an der Hand a) G. W. Burckhard's im Weim. Verwalt. R. S. 88. wo ein Landt. Abschied v. 24. Mai 1823 erwähnt ist, mit welchem S. 48. der damal. LTagsVerh. u. Zachariä a. a. O. S. 117. zu vergleichen: b) meiner Pand. d. Sächs. R. S. 68. u. an dort angezogenen frühern Stellen. Das Rescript vom 4. April 1823, dessen Burckhard gedenkt, findet sich in den Pand. S. 67. St. 20.

1) S. OAGOrdn. §. 48, GeschäftsOrdn. f. d. OAGericht vom 7. Jul. 1852. (Reg. Bl. S. 203. Reg. Bl. 1853. S. 345.) Art. 9. — Eine Richtigkeit wegen, — allerdings hier sehr entschuldbaren, — Verzählens s. Schmid Woch. S. 32.

2) Die Fälle a — e sind unwürdig, unter den schützenden Schirm der Rechtskraft genommen zu werden: A. W. Heffter a. a. O. S. 332. 592.

angewendete Wort „rechtliches Gehör" pflegt mehr bei Proceßsubjecten, wider welche eine Aggressive standfand, vorzukommen. Auch einen von der N. 6. des Patents hergeholten Einwurf fürchten wir nicht. Der Sachse ist gewöhnt, bei dem Worte „Entscheidung" und „Rechtsmittel" an die oben §§. 1. 4. determinirten Sachlagen zu denken. Wenn irgendwo, kann man in obigen Fällen a — e der Bemerkung Ch. Martin's: „Befugnisse und Pflichten der Gerichte seien durch Rechtskraft nicht geregelt [1]," sich in die Arme werfen. Nicht dem Princip nach, sondern im Grade der Grellheit von den Fällen a — e verschieden war der, welcher unten [2]) erzählt ist, und wobei sichtbar unsere obige Gedankenfolge Beifall erhielt.

§. 19. Mit den untern Regionen anzufangen berühren wir, daß, während der Instanzenzug bei Justizverweigerungen, welche die Kreisgerichte verschulden, wie von selbst sich versteht, nach Eisenach geht, — bei dergleichen, die den Justiz-Ämtern und Stadtgerichten imputirt werden, den Kreisgerichten die Zuständigkeit nach der gemeinrechtlichen Ansicht vindicirt werden muß, welche die nächste Verwandtschaft zwischen Quer. nullit., und Quer. denegatae justitiae statuirt [3]). Mit Dank kann der Rechtsmann es begrüßen, daß von einer „*summa*" in N. 4. des Patents ausdrücklich abstrahirt ward [4]), was denn, da es im J. 1850 unangetastet blieb, h. z. T. dahin, daß die 5 Thlr. und 25 Thlr. in den §§. 9. 10. oben gleichfalls nicht hieher passen, zu deuten ist.

§. 20. Nehmen wir sodann den Gesichtskreis höher, und eilen wir über mögliche Verfehlungen des Appellationsgerichts, gegen welche die Jenaer Remedur einfach zu finden sein wird, hinweg zu der Gestaltung, da ein Bedrängter über in Jena erfolgtes Abschlagen der durch ihn gewünschten Subsumtion seines Falles z. B. unter das Heimath=

1) Bürg. Proc. Ausg. 12. §. 180. Note k.

2) Im J. 1835 war eine Oberappellation auf den Grund des §. 20. N. 11. der OAGO. abgewiesen worden. Nach Publication des OAGBescheids brachte der Oberappellant die (etwas verwickelte) Berechnung, wonach 100 Thlr. gravamen herauskamen, zu den Acten. Sie gingen wieder nach Jena. Das Tribunal erkannte: „summa appellabilis sei nunmehr nachgewiesen," und beleuchtete, ohne an l. 42 D. XLII. 1. sich zu kehren, materialia.

3) S. H. A. Zachariä Deutsch. StaatsR. Th. II. 1854. S. 212.

4) In Schatten steht hier der R. A. v. 1570. §. 69. (mein Corp. Jur. Germ. S. 367), u. die Hofg. O. v. 1653. Cap. XVIII. bei Schmidt. Bd. IV. S. 488. Zu vergl. Osterloh ord. Proc. S. 549.

gesetz v. 23. Febr. 1850.[1]) §. 53, unter das Staatsdienstgesetz v. 8. März 1850.[2]) §. 53, unter die Gemeinde-Ordnung v. 18. Jan. 1854.[3]) Art. 138, unter das Gesetz über den Schutz gegen fließende Gewässer v. 16. Febr. 1854.[4]) §. 3. sich regen will, so dürfte: a) es demselben unbenommen seyn, Trost auf dem Wege zu suchen, welchen §. 24. unter a. der OAG Ordnung, und §. 22. des Gesetzes v. 15. März 1850. ihm weisen. Es ist eine kaum zu kecke Behauptung[5]), daß das Oberappellations-Gericht in Opposition mit der „Verfassung" sich nicht etwa blos, wenn es z. B. 1826 einen Regierungs-Nachfolger in Gotha, uneingedenk des §. 41. der OAGOrdnung, durch Urtheil berufen hätte, — sondern auch dann träte, wenn es die Gerichtspforte widerrechtlich versperrt. Wenig Glück machte 1830 der Herzog Carl von Braunschweig bei dem Bundestage mit seiner Heterodoxie[6])! — Ja b) sogar die Beruhigung wird jener in die Enge Getriebene im äußersten Falle sich verschaffen können, daß er sich stützend auf die Wiener Schluß-Acte v. 15. Mai 1820[7]). Art. 29. in Frankfurt a. M. anklopft und die Probe macht, ob dort J. L. Klüber's[8]) — über H. A. Zachariä's[9]) Stimme die Oberhand behält.

§. 21. Jetzt zu den im §. 4. oben im Anfange ausgeschiedenen zwei Gesetzstellen rückkehrend haben wir nur zu bemerken, was folgt: a) Von den Fällen, welche hieher zu ziehen, ist ein ergänztes Verzeichniß im Sportel Gesetz v. 6. Dec. 1853 §. 16.

---

1) Reg. Bl. S. 67. 2) Reg. Bl. S. 127.

3) Reg. Bl. S. 55. 4) Reg. Bl. S. 131.

5) S. Heffter a. a. O. S. 332. K. E. Weiß Deutsch. StaatsR. S. 723. H. A. Zachariä StaatsR. Ausg. 2. Bd. II. S. 777.

6) S. mein Corp. Jur. Germ. S. 735, H. A. Zachariä a. a. O. S. 254. Die hier allegirte provis. Competenzbestimm. v. 12. Jun. 1817 s. in meinem Corp. Jur. Germ. S. 668.

7) Reg. Bl. 1834. S. 141.

8) Öff. Recht u. Deutsch. Bund. 1840. S. 202.

9) a. a. O. S. 779. Gewiß ist, daß der Großherzog Carl August, indem er in den Art. 29. der SchlußA. v. 1820 einwilligte, eine Concession dem Bundestage machte, die die Sächsischen Regenten den Reichsgerichten stets lebhaft verweigert hatten: S. K. G. Günther Privil. de non appell. des Hauses Sachsen 1788; Desselben unbegränzter Umfang d. Sächs. Appell. Freih. 1789., (A. F. C. von Ziegesar) Darstell. d. vor dem JAmt Gotha wid. J. G. Sartorius gef. Untersuchung 1794.

gegeben. Die gemeinrechtliche Lehre bei Gensler[1]) ward somit als landgültig anerkannt. Die DAGOrdnung §. 26. muß zurückweichen, weil sie, den verschiedenen TerritorialRechten sich accommodirend, keine neue Disposition beabsichtigte. b) Während wir hier dem Feinde von Processen, welcher in der im §. 13. oben gedachten Stellung ist, seine Ruhe gern gönnen, weil ja seine Einrede, — zu vergleichen Gesetz v. 26. März 1839[2]) §. 14. — im Augenblicke, da das nichtige Urtheil gefällt ward, entstand; — so müssen wir doch Einhaltung der 31 J. 6 W. 3 T. Demjenigen empfehlen, welcher mit einer Klage — wir würden sie condictio ob injustam causam, oder sine causâ taufen[3])! — was ihm in Folge solch' eines Urtheiles fehlt, wiedererlangen will.

§. 22. Die freiwillige Gerichtsbarkeit[4]), insonders das im

---

1) Handb. zu Martin Aufl. 2. S. 425; ferner Dietate zu demf. Ausg. v. Guyet. ad §. 285. S. auch Heffter a. a. O. S. 578. C. F. F. Sintenis Civ. Bd. I. S. 193 fg. Not. 13. a. E.

2) Reg. Bl. S. 88. S. Heimbach a. a. O. S. 437.

3) Aehnlich die Sachlage bei A. D. Weber Versuche S. 305 fg. N. 4. und S. 312.

4) Hingewiesen sei auf noch andere einschlagende Gesetze: Kursächs. Proc.O. Tit. II. §. 2. Pand. d. Sächs. R. S. 73. — Eisenach. Proc. O. Tit. I. §. 4. — Gesetze über Besetzung der Gerichtsbank v. 13. Apr. 1833. (Reg. Bl. S. 189.) und 8. Dec. 1838. (Reg. Bl. S. 186.) Zu liberaler Subvention, sofern Regreß in Frage kommt, führt die Norm, welche die Rolle des jenes beneficium flebile Bedürfenden auf den Fiskus hinüberwälzt, im Pfandgesetz §. 357. Absatz zwei. Ähnlich schon das Mand. v. 5. Sept. 1713. (Schmidt Ges. Bd. IX. S. 109.) — Wenn der Einsender die jurisd. *voluntaria* in seinen Gesichtskreis zog, und doch die Überschrift „Civil Proc. Sachen" wählte, so darf er als Vorgänger den in der Note zu §. 1. oben gedachten Entwurf u. s. w. v. 1853 §§. 712 fg. nennen. Nur beiläufig hingegen will er ferner über Rechtsgeschäfte, wobei der Landesherr mithandelt, Einiges anfügen: I. Die Landesfürstliche Legitimation Unehelich-Geborner kann, ohne nichtig zu sein, keineswegs der Vollziehung durch den Regenten, etwa nach §§. 37. 62. N. 6. des Gesetzes v. 5. März 1850 (s. oben Note zu §. 18), entbehren. Sie ist vermöge §. 22 fg. des Gesetzes v. 6. Apr. 1833 (Reg. Bl. S. 98.) nach Umständen so eingreifend in Privatrechte, und zwar in einem, von dem gemeinrechtlichen Dogma so abweichend hohem Grade, (s. mein Corp. Jur. Germ. Th. 1. S. 525. 562), daß die ganze Fülle der landesherrlichen Privilegien-Gewalt hiebei beansprucht werden muß: S. K. E. Weiß Staats-R. S. 687, H. A. Zachariä a. a. O. Th. II. S. 186 fg. II. Unser Recht wurde symmetrischer, indem wir bei der Adoption, nach kaum drei Jahren, während welcher das Gesetz v. 1. Jun. 1847 bestand (s. meine Pand. S. 83.), zu dem

§. 3. oben erwähnte Pfandgesetz führt auf folgende Bemerkungen [1]):

---

alten Rechte durch den §. 7. des Gesetzes v. 15. März 1850 zurückkehrten. Der Wortsinn des letztern ist mit Unrecht für schwierig insofern erklärt worden, als der Eingang des Gesetzes freilich von Änderungen im Ressort der höchsten Stelle nicht redet, denn die LandtagsVerh. 1849 fg. Abth. II. S. 51. 59. ergeben, daß eigentlich aus dem Entwurfe des Gesetzes über Neugestaltung der Staatsbehörden jener §. 7. herstammt. Die Rolle, einem Vertrage das letzte Siegel anfzudrücken, kleidet ganz passend ein Gericht alsdann, wenn bestehende GesetzesVorschriften, (s. L.T.Verh. allegirt in meinen Pand.) und vollends erworbene (Pflichttheils-) Rechte so vollständig, wie hier (s. Gesetz v. 6. Apr. 1833 §. 57. [in Note 9 dazu ist zu lesen: B. erhält $\frac{3}{36}$, C. $\frac{3}{36}$, D. $\frac{20}{36}$ u. E. $\frac{10}{36}$.]) dabei respectirt erscheinen. Wieweit der im §. 49. des Ges. v. 6. Apr. 1833 gedachte Wahlkindschafts Vertrag gilt, Das wird nach §. 84. zu bemessen sein. Das SportulGesetz v. 6. Dec. 1853 §. 89. N. 2. ist durch Versehen, so, wie es vorliegt, abgefaßt. Nicht die höchste Stelle, sondern nur das Kreisgericht, kann einsprechenden Pflichttheilsberechtigten helfen, die alsbald künftigen Irrungen durch Verhütung der in tantum nichtigen Bestätigung appellando vorbeugen wollen; wir haben 1850 die Unstatten beseitigt, welche 1847 am 3. Mai im Landtage (Verh. Abth. I. S. 721 fg.) triftig laut wurden. III. Die *venia aetatis* (Gesetz v. 5. März 1850. §. 37. N. 1.) laborirt an Nichtigkeit, dafern die Alters-Momente in l. 2. C. II. 45. dem Regenten nicht wahrheitsgetreu unterbreitet waren. IV. Das *Moratorium* (s. DAGD. §. 20. N. 10. Bluntschli StaatsR. S. 410.) wird wegen Unrichtigkeiten in den einberichteten Prämissen zwar freilich nicht eigentlich „annullirt" werden können (s. Zachariä a. a. O. S. 234); allein immer dürfte exc. sub- et ob-reptionis noch als Rettungsmittel relevant sein: S. Thibaut im Arch. f. civ. Prax. Bd. XVII. S. 161. V. Bei Gnadenscheidungen (DAGD. §. 20. N. 4, Ges. v. 5. März 1850 §. 37. N. 1.) werden Nullitäten alsdann sich herausstellen, wenn eine Partei-Vollmacht, Serenissimi Unterschrift, oder Eröffnung des Rescripts mangelt. VI. Die Bestätigung eines Fideicommisses wird z. B. aus dem Grunde nichtig sein, den in meinen Pand. S. 81. St. 7. berührt. VII. Testaments-Errichtung eines Taubstummen möchten wir in Weimar h. z. T. unter das Gesetz v. 5. März 1850 §. 37. N. 1. u. §. 62 (dessen N. 6. wieder nicht quadrirt!) zu subsumiren haben: S. meine Pand. S. 80. Note 1. VIII. Die Aufhebung eines Familienfideicommisses endlich (Gesetz v. 22. Mai 1826. Reg. Blatt S. 39) wird nichtig sein, wenn Eins der im angezogenen Gesetze neben die Landesfürstliche Bestätigung gestellten Erfodernisse fehlt: S. meine Pand. S. 79. St. 1. a. E., Beseler Syst. d. Deutsch. Priv. Bd. I. S. 245.

1) Zu vergleichen: in den Pandekten des gem. Sächs. R. die Mittheilungen, welche im Register s. v. Bestätigung erwähnt sind; auch S. 99 fg.; Sächs. Zeitschr. f. RPflege 1839 S. 224, 1840 S. 66. Getrennt ist von unserem Kreise zu halten der Fall, wenn nicht um Verletzung solcher Rechte, die ein privatus gegen einen bestimmten *privatus* erworben haben will, und wegen deren ein andrer privatus bereits wider Jenen die *arenam* betre-

1) Unser Recht kennt in der Bestätigung[1]), Eintragung und Löschung ein Institut, das, (ähnlich der Ehe, der Rechtskraft,) mit einer regelmäßigen Festigkeit[2]), die im Rechtsleben wohlthätig wirkt, ausgerüstet sein soll. Freilich stehen jene Acte insofern im Genitiv, als die Geschäfte, auf die sie sich beziehen, ihrem juridischen Bestande nach, von den civilrechtlichen Normen beherrscht werden. Indeß hat die Rücksicht auf gesicherten Verkehr bezügig auf Grundeigenthum und Hypothek, wie schon früher[3]), so mehr noch in der Legislation von 1833 und 1839 auf ein *jus singulare* geleitet, vor dem das jus commune sich beugen muß. Nachzusehen das Gesetz vom 20. Apr. 1833[4]) §§. 1. 5, das Pfandgesetz §§. 64. 78. 81—83. [zu verbinden mit dem Gesetz v. 31. Mai 1847[5])] §§. 109. 110, 117, 130—135, 139—145[6]). Jeder, der nachtheiligen Folgen

ten hat, — sondern um Gefährdung solcher Interessen die Frage auf dem Tapete ist, wobei der Richter, als Repräsentant und Organ des polizeilichen Staatswillens sein Bemessen zu dem Ende, um denkbare Regreßklagen von sich, dem Gericht, fern zu halten, in, einen Staatsbürger benachtheiligender, Ausdehnung zur Geltung zu bringen sucht. Hier wird Beschwerde der allein richtige Ton, welcher anzustimmen ist, und Zweck das Einwirken der Aufsichts-Behörde sein: S. A. A. Merkel freiwill. Gerichtsbark. 1846. S. 21. F. W. Käuffer über Appell. gegen d. Verfahren 1840. S. 77. H. A. Zachariä StaatsR. Ausg. 2. §. 169. Hat das als zweite Instanz angerufene Kreisgericht Furcht, es könne ihm ergehen, wie dem Nassauischen Hofgerichte im Rechtsfall bei v. d. Nahmer Entscheid. Bd. II. S. 39, u. bei R. von Holzschuher Theorie u. Casuistik. Bd. II. Abth. 2. S. 294, so möchte auch der Versuch zulässig sein, bei den Justiz-Ministerium Hülfe zu erbitten: S. Gesetz v. 5. März 1850. (Reg. Bl. S. 103.) §. 37. N. 3. Ja auch §. 37. N. 1. könnte wohl in Erwägung kommen; die formellen Bedenken sind mitunter so leichtwiegend in hypothesi, bezügig der drohenden Regreß-Gefahr, daß die Staatskasse des Risiko füglich übernimmt.

1) Darüber, daß man bei Erbverträgen doch nicht allzusehr an dieser Form hängen dürfe, s. A. Martin Jahrb. 1829 S. 149, meine Pand. S. 160.

2) S. Hübner u. Tittmann a. a. O. Bd. II. S. 431.

3) Vergl. meine Pand. S. 112. St. 46.

4) Reg. Bl. S. 241.

5) Reg. Bl. 132. S. auch in den Landt. V. 1847 Per. I. die Seiten, die das Register s. v. „Pfandgesetz" nennt.

6) Zu vergl. Beseler a. a. O. Bd. II. S. 78—167. S. 297—303. H. G. P. Gengler deutsch. Priv. 1854. S. 218 fg. Wohl nicht sattsam unterstützt der Tadel bei Bluntschli Deutsch. Priv. Bd. I. 1853. S. 309. S. auch Mittermaier Deutsch. Priv. Ausg. 6. §. 277. Wir reihen drei Corollarien an: a) durch die §§. 64. 81. 82. 143. des Pfandgesetzes ist die Ansicht fortbildend verfolgt, welche schon angedeutet vorliegt in l. 10. C. IV. 44. — eine Stelle, der die Säch-

hievon entgehen will, muß eben vigilanter umherspähen, wozu §. 207. des Pfandgesetzes das Mittel bietet, und demnächst mit den in den §§. 246. 333. gedachten Schritten sich beeilen. 2) Freundliche Beihülfe wird jedoch noch besonders hiebei dadurch zugesichert, daß man (anstatt des, in früherer Zeit wohl angewendeten, drastischen Mittels kurzer Fristen, Quasi-Verjährungen [1]), welche Widerreden verstummen machen,) gründliche Vorbereitung obiger Acte; — Aviso's an, den keimenden Conflict nicht kennende, Betheiligte, (im §. 247. des Pfand-Gesetzes) anordnete; — während man die Beiziehung der Arrest-Lehre [2]) von dem Königreiche Sachsen entlehnte, doch (ohngefähr wie bei Einsprüchen gegen Trauungen,) von dem Requisite des Wahrscheinlichmachens des Anspruchs insoweit vorerst absah, als stets ein Collegial-Gericht, das für jurisdictio contentiosa eingesetzt ist, als-

---

sische Wissenschaft und Praxis mit offenem Sinne sich erschloß: S. *C. A. Gottschalk* disc. T. III. ed. 2. p. 412, C. F. F. Sintenis Civ. R. Bd. I. S. 193. Note 13. b) Wenn wir, soweit obiges jus singulare nicht postulirend dazwischentritt, die Bezirke der *a. publiciana* (s. auch §. 110. des Pfandges. am Ende) und des Besitzes (zu vergleichen Gesetz v. 12. März 1839. Reg. Bl. S. 66. §. 16.) unbeeinträchtigt fortbestehen ließen, so ist das Schonung lebensfähigen Rechtsstoffes, — keineswegs Inconsequenz. Der letztere Vorwurf, welchen C. F. Gerber Deutsch. Priv. Ausg. 4. 1853. §. 89. Note 17. — u. H. J. P. Gengler Deutsch. Priv. S. 220. uns Sachsen machen, wird von F. Walter Syst. des Deutsch. Priv. 1854. S. 131. abgewiesen. S. *H. Rodde* de juribus emtoris in re immobili necdum judic. resign. Gott. 1779. p. 21. C. J. A. Mittermaier Deutsch. Priv. Ausg. 6. §. 161, R. Maurenbrecher Deutsch. Priv. 1840. S. 487. c) Das obige, solche Dritte, die in Vertrauen auf Grund-Acten und Hypothekenbücher handelten, beschützende, *jus singulare* wird prävalirend bei den Collisionen als Boussole dienen, welche in den Pand. des Sächs. R. S. 120. St. 81 fg. S. 426. St. 6 fg., S. 546. St. 8 fg., S. 846. St. XI., ingleichen in den Sächs. Zeitschr. Bd. IX. S. 374, Bd. X. S. 191. vorgeführt werden.

1) S. A. Heise und F. Cropp Abhandl. Bd. I. S. 387. *G. Amsinck* de impugnat. resignationis. Gott. 1774. Eine ähnliche Satzung kommt bei uns vor in dem Gesetz v. 12. März 1839. (Reg. Bl. S. 66.) Vergl. auch Reg. Bl. 1842. S. 143; 1848. S. 65. Sächs. Zeitschr. 1840. S. 66.

2) S. Osterloh summ. Proc. §. 13. (meine Pand. S. 117. St. 64. S. 846. St. 1, Sächs. Ztschr. f. RPflege. Bd. III. S. 258.), auch *Amsinck* l. l. p. 36 sq.; Protestation ist mit dem Arrest homogen: S. G. Beseler Deutsch. Priv. Bd. I. §. 54. Daß nur dingliche Rechte des Protestanten hiebei zu berücksichtigen seien, ist nicht gesagt. Z. B. ein Miether kann das Aushalten seines Contracts durch den Käufer wahren wollen. S. von Hartitzsch Entsch. S. 214, K. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. Ges.-S. S. 189. §. 1. Meine Pandekten S. 119. 564.

bald, und so, daß das, von einer andern Person dirigirte, dinglich-zuständige Einzelgericht mit seiner Procedur innenhalten muß, die Sache in die Hand nimmt; und endlich dadurch, daß man, als Provisorium, die Vormerkung schuf. Wir dürfen nämlich 3) den Satz „keine Rechtskraft ohne Wechselgehör“[1]) nicht dergestalt umdrehen, daß der zuständige judex rei sitae bei Gestaltungen, wo er Streit voraussieht, durch Einleitung gegenseitiger Auslassungen die Grundlagen für eine Decision erreichen könnte, deren Nicht-Anfechtung ihn in den Hafen der Sicherheit gegen Entschädigungsforderungen führte. Rechtskraft erzielt er nach §. 335[2]) damit niemals. Wo, wie z. B. im §. 224 des Pfandgesetzes, ein Verfahren der Art vorkommt, trägt es mehr die Färbung einer ob utilitatem festgestellten, dem Diffamations-Processe, oder den im Civilprocesse gültigen Folgen von Decreten, daß Einreden u. s. w. bei Verlust vorzutragen, ähnlichen, Verschweigungs-Strafe[3]). Der bedächtige Unterpfandgerichtsdirigent wird vielmehr in obigen Fällen nach §§. 223. 225, seine Thätigkeit abbrechend, verfügen. Analoge Anwendung im Pfandgesetz erlaubter Sachpräjudicien widerstrebt dem Schlusse des §. 224. 4) Durch die bei N. 2. erwähnte Gerichts-Organisation ist in der That noch vollkommener erreicht, was man mittelst der Extrajudicial-Appellation schon in älterer Zeit[4]) erstrebte. Das Kreisgericht hat die Wahrung des Kleinods des materiellen Rechtes in das Auge sorgsam zu fassen. So hurtig, wie die Interessenten oft wünschen, vermag es aber fast niemals Alles in das Gleis zu bringen. Es ist häufig genöthiget, seinen Spruch auf Re-

---

1) Eine Ausnahme davon s. im §. 19. des Ges. v. 29. Oct. 1840 (Reg. Bl. S. 212).

2) Zu vergleichen das Weimar. Gesetz üb. Ernähr. Verträge vom 26. Apr. 1833. (Reg. Bl. S. 247.) §. 13. — Der §. 9. am Ende lautet im Harmonie mit Liebe §. 5. oben.

3) S. K. A. D. Unterholzner Verjähr. Lehre. Bd. I. S. 5.

4) Gemeinrechtliche älteste Spuren s. c. 45. X. II. 28. verb. „domum et investituram“ etc., R. Camm. G. O. v. 1555. Th. III. Tit. 3, R. A. v. 1594. §§. 94. 95. (mein Corp. Jur. Germ. S. 275. 416.) vergl. mit Pfeiffer Ausführ. Bd. VI. S. 247. C. F. Elvers Themis. Bd. I. 1828. S. 556. Pand. d. Sächs. R. S. 171. St. 263. — Das Kreisgericht ist für die dinglichzuständigen EinzelGerichte übergeordnete Stelle; der Character des an dasselbe gerichteten Anrufens nähert sich mehr dem der Beschwerde, womit man bei dem ordentlichen erstinstanzlichen CivilGericht Schutz sucht wider regelwidriges Verfahren einer Administrativbehörde, die nicht qua Gericht entscheidet, sondern handelt. S. *G. L. Böhmer* princ. jur. canon. §. 844, Ch. Martin RGutachten. S. 351.

gulirung des formell correcten, mit der Klage anhebenden, Verlaufs[1]); — oder auf Anordnung des Einschaltens eines, Dritte auf Vorsicht hinweisenden, Vorbehaltes[2]) in die Bestätigungs-Verurkundung zu beschränken. 5) Man darf hier an unsere §§. 11. 12. oben erinnern; nicht blos §. 337. des Pfandgesetzes ruft das Kreisgericht, in Gemäßheit des §. 12. N. 2. des Gesetzes v. 15. März 1850, in Activität; auch §. 14. des letztgedachten Gesetzes und §. 333. des Pfand-Gesetzes können es zur Umschau in der Nichtigkeits-Lehre veranlassen. Findet es evidenten Grund, — weil das Einzelgericht mit Hinwegsetzung a) über civilistisch wichtige Vorschriften, welche als wesentliche Prämissen zu jenen, damit ein Contiguum bildenden, Final-Acten erscheinen; — b) oder auch nur über die, wie obgedacht, contentios gewordene Gestalt der Sache, verfuhr, so spricht es die Cassation[3]) verfrüht vollzogener Bestätigungen, Eintragungen, Vormerkungen und Löschungen aus. Nur als Ausnahme ist die Geltendmachung der Lehre E. Liebe's gerechtfertigt: sofern der Sinn der Vorschrift als unwesentlich sie deutlich erkennen läßt.

§. 23. Noch einmal wollen wir Erscheinungen aus den Capiteln

---

1) S. Heffter a. a. O. S. 537.

2) S. §. 160. der Verordn. vom 12. März 1841 und das Publ. vom 19. Aug. 1842. (Reg. Bl. S. 173.) — überhaupt diese Zeitschr. B. I. S. 13. — Immer muß aber solch' ein Vorbehalt in ante actis seine factische Basis finden: S. Elvers jurist. Zeitung 1830. S. 178, M. W. Götz Entscheid. 1808. S. 117.

3) S. W. A. F. Danz ord. Proc. Ausg. v. Gönner §. 424. Note c, J. A. Seuffert Arch. f. Entscheid. Bd. II. S. 304. Nicht zu verwechseln mit obiger Annullation der Bestätigung u. s. w. ist die des Vertrags. S. C. W. Wolff Deutsch. Priv. S. 326 fg. C. F. Gerber Deutsch. Priv. §. 161, C. F. Eichhorn Deutsch. Priv. Ausg. 4. §. 95. Ch. Flach Entscheid. Th. I. S. 122. Auf diesem letztern Standpuncte steht unser Weimarsches Recht in dem Falle, welchen die Pand. d. Sächs. R. S. 710. St. 13. geben. Nicht so bei der Bürgschaft der Ehefrau: zu vergl. Gesetz vom 23. Apr. 1833. (Reg. Bl. S. 233.) §. 8. Dieses Gesetz hat für uns das Interesse der Streitfrage verdrängt, welche in A. Martins Jahrb. Bd. III. S. 195. (s. Seuffert Arch. f. Entsch. Bd. I. N. 154.) durch Betrachtungen erörtert wird, welche Beseler a. a. O. Bd. II. S. 301. Note 12. etwas unglimpflich critisirt. — Will man ebenso, wie das Gesetz in obiger St. 13. der Pand., das Publ. die Kön. Sächs. Lotterie b. v. 4. Mai 1846 und den §. 13. der zugleich promulgirten Bestimmungen (Reg. Bl. S. 83 fg.) handhaben, so werden P. L. Kritz RFälle Bd. I. S. 168; ingleichen das Publ. v. 25. Mai 1852. (Reg. Bl. S. 144.) zu beherzigen sein.

der streitigen, und der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bevor wir auf Fälle, wo ihre Gebiete sich inniger berühren, übergehen (§§. 24—26. unten), durch die Andeutung zusammengreifen, wie Derjenige, welcher, ein Unrecht, das ihm widerfuhr, nur klagend repariren zu können, in der Lage ist, — sei dieses Unrecht ihm durch eine Hülfs-Vollstreckung, wobei wider die Sätze a—e §. 18 gesündigt ist, oder sei es durch Bestätigung einer Immobiliar-Übereignung, oder Hypothek, oder Löschung einer solchen, zugefügt, — sich verrechnen würde, wollte er die 31 J. 6 W. 3 Tage, — etwa z. B. weil er von dem Sachverhalte erst neuerlich unterrichtet ward, nicht beobachten [1]).

§. 24. Ein eigenthümliches Antlitz zeigt uns, — halb unter die Regeln über freiwillige Gerichtsbarkeit fallend, — die Subhastation. Die Tendenz, theils dem Proceßgewinner endgültig den Friedensgenuß zu verschaffen; und theils fidem hastae fiscalis zu gewährleisten, wirkte dahin. a) Sie ward privilegirt durch die Vorschrift, daß alle Einwände wider die Procedur bis zum Beginn des Feilbietungs-Actes, insonders Quer. nullitatis, spätstens früh zehn Uhr im Licitationstermin vorgetragen werden sollen. Fortgesetzt in obiger Tendenz ward durch §§. 164—167. und §. 304. des Pfandgesetzes. Die §§. 44—46. von 1798 hätten keine Stütze für Zurückweisung des dritten Eigenthümers des subhastirten Objects, wenn er später noch sich meldete, geboten [2]). b) Das Gesetz v. 15. März 1850. §§. 3. 17. erzeugt bei der Subhast. *necessaria* in Hinsicht auf die Fälle unter a. oben das Bedürfniß einer, den l. 26—28. D. I. 3. genügenden, Combination mit gedachten §§. 44—46. Wir glauben, daß die Frage, ob für die „Provocation" [3]) des J. 1798 das Appellationsgericht in Eisenach oder die Kreisgerichte den judex *ad quem* bilden, mit Beachtung der 25 Thaler Werth des Subhastations-Gegenstands [4]) nach

1) S. meine Pand. d. Sächs. R. S. 780. Sp. 1. unter c.

2) Zu vergleichen auch §. 27. unten.

3) Name der Appellation in summarischen Sachen in Sachsen: Deltze a. a. O. S. 455.

4) S. Gesetz v. 31. Mai 1817. §. 88; sonst hieher gehörige Normen s. außer §§. 89—100. dieses Gesetzes, und dem Circular v. 15. Sept. 1808. (Schmidt a. a. O. Bd. XI. S. 491.) bei F. Zwetz Repertor. d. Weimar. Gesetze. 1852. S. 121. unter „Subhastation." Zu vergleichen F. G. L. Strippelmann Cassel. Entscheid. Bd. VIII. 1852. (den ganzen Band.) C. W. A. Heinemann die Subhastation 1832 enthält manchen Stoff zu Betrachtungen über das von ihm als Ausgangs-Punct seiner Monographie gewählte Gesetz v. 1798. Indeß

§. 17. des Gesetzes v. 15. März 1850 zu entscheiden sei. c) Bei freiwilligen [1]) Subhastationen ist, nächst dem §. 333. des Pfandgesetzes und §. 151. der Verordnung v. 12. März 1841, der §. 14. des Gesetzes v. 15. März 1850 im Falle unter a. oben leitend. d) Auch Verstöße, die nach Beginn des Licitations-Actes in manchfältigen Richtungen, z. B. Zulassung von Bietern ohne Sicherheit; bei dem Zuschlage, bei der Einigung, falls die BieterMehrheit fehlt, — begangen werden, können Remedia nöthig machen. Hier glauben wir, daß die nothwendige und freiwillige Subhastation sich abermals scheiden. Während es bezügig der letztern bei §. 14. des Gesetzes v. 15. März 1850 und §§. 333—337. des Pfandgesetzes und §. 151. der Verordn. v. 12. März 1841. sein Bewenden hat; so dürfte bei der subh. *necess.* unter auch hier gebotener Rücksicht auf die 25 Thlr. bei a. oben die Norm aa) wenn Nullität behauptet wird, aus §. 12. N. 2, §. 17. und §. 21. des Gesetzes v. 15. März 1850 zu holen sein: bb) falls aber blos decretum *iniquum* vorliegen, oder Nullität *viâ appellationis* geltend gemacht werden soll, meinen wir, daß lediglich das Appellationsgericht und demnächst, sobald gedachter §. 21. es erlaubt, das Oberappellationsgericht anzutreten seien. War für Wechselgehör passend gesorgt, so sind die von uns §. 14. oben erwähnten Nothfristen von 10, bezügig 30 Tagen im Falle aa. maaßgebend.

§. 25. Ähnlichen Zwitter-Character nehmen wir wahr an der Verschollenheits-Erklärung, wie das Weim. Gesetz vom 1. März 1839 [2]) sie ausgebildet hat. Durchläuft man die §§. 27 fg., so scheint es, indem der Richter dieses Gesetz handhabt, übe er Acte der jurisd. volunt. aus: denn mittelst jener Erklärung tritt an die Stelle der seitherigen Abwesenheits-Vormundschaft eine *tutela fructuaria* [3]). Gleichwohl ergiebt sich, daß Vieles in der That, nach förmlichem Rechtsgange, rechtskräftig entschieden werden soll, aus §§. 20—24. Dieß

hat seine Unterscheidung S. 160. bezügig der Richterbeschlüsse und Rechtsmittel doch wohl die Sache kaum befriedigend wiedergegeben: S. von Holzschuher a. a. O. Bd. II. Abth. 2. S. 656.

1) Lehrreich über §. 41. der Subh. O. i. d. W. „soweit es anwendbar:“ Sintenis Civ. R. Bd. II. S. 250 fg.

2) Reg. Bl. S. 42.

3) S. W. T. Kraut Vormundschafts R. Bd. II. S. 236.

dictirte das Gesetz v. 6. Jun. 1853 [1]). Der Hoffnung, hinter dem Bollwerke der Rechtskraft verschanzt zu sein, gebe der Richter sich nur mit Mäßigung hin; die Vorbedingungen der ganzen Procedur und deren weitere Normen im Gesetze v. 1853 und den §§. 1—7. 11—15. 17—24. des ältern studire er emsig. Da die Aushändigung der Masse ohne Caution erfolgt, so kommt es wohl, daß auf Kosten des richterlichen Beutels später auftauchende Prätendenten es damit genau nehmen. Kein Verstoß, ausgenommen der, welchen die clausula salvatoria im Gesetz über Edictalien v. 1. Mai 1829 [2]) §. 4. deckt, wird so leicht verziehen werden.

§. 26. Endlich werden wir mit Fug zu den die theoretischen Grenz-Marken zwischen jurisd. contentiosa und volunt. überspringenden Instituten rechnen das Verfahren bei Ablösung grundherrlicher Rechte (Gesetze v. 18. Mai 1848 [3]), 1. März 1850 [4]), Publ. v. 8. Jan. 1851 [5]), Gesetze v. 25. Mai und 22. Oct. 1853 [6])), und über Grundstückszusammenlegungen v. 25. Aug. 1848 [7]) und v. 9. Jan. 1854 [8]). Die §§. 161. 202. 205. des Ges. v. 18. Mai 1848 belegen obigen Eingangs-Satz. Anlangend unser Thema möge nur erwähnt sein, daß §. 210. dieses Gesetzes die Nichtigkeits-Beschwerde zwar nicht buchstäblich aber doch, durch das energische „schlechterdings," klar genug exterminirt [9]).

§. 27. Dennoch dehnen wir, den Schlußsatz des §. 26. auf die im §. 4. unter a. gedachten, die im §. 6. ihnen coordinirten, Fälle, und die, wo nach dem Gesichtspuncte im §. 7. Heilung eintreten kann, beschränkend [10]), — auch auf die im §. 26. erwähnten Sachen die

1) Reg. Bl. S. 161. vergl. mit dem Landtagsschrift W. S. 10. 59.

2) Reg. Bl. S. 68.

3) Reg. Bl. S. 85.

4) Reg. Bl. S. 87.

5) Reg. Bl. S. 11.

6) Reg. Bl. S. 131. 329.

7) Reg. Bl. S. 219.

8) Reg. Bl. S. 19.

9) Im Königreich Sachsen besitzt man ebenso wenig Gesetzes-Worte, und ist dennoch einhellig zu diesem Resultate gekommen: S. H. Graichen Vers. d. Ablös. 1842. S. 140, Bekanntmach. d. OAGer. in Dresden v. 4. März 1848 im Gesetz Bl. S. 31. In unserm §. 209. ist der Anfang des dritten Absatzes unachtsam textirt; er soll andeuten, daß die dritte Instanz noch Erörterungen verfügen; nach Befinden auch auf Beweis oder Klaganstellung sprechen kann: S. den Entwurf des Ablös. Ges. (in den oben bei §. 6. erwähnten Beilagen) §§. 212. 211.

10) S. Heffter a. a. O. S. 332.

Warnung zum Abschiede aus, ja nicht bei den Objecten unsrer §§. 24. 25. den Glauben an völlige Unerschütterlichkeit der richterlichen Maaßnahmen zu hegen. Wir rufen in das Gedächtniß, daß der Schwerpunct nach §§. 7. 18. oben auf der Legalität der Ladung zur Erkenntniß-Publication beruht; dies jedoch keine Anwendung auf die Institute in den §§. 24. 25. finden kann, weil da [anders in minderwichtigen Klag-Sachen: s. Gesetz v. 31. Mai 1817. §. 71.] nach den Landesgesetzen eine solche lediglich die Publication eines Gerichts-Spruchs bezielende Ladung nicht vorkommen soll[1]). Wo in den Fällen der §§. 24. 25. ein Mangel in dieser Hinsicht untergelaufen, da wird alles Verpallisadiren, selbst mit der, im Patente v. 19. Jan. 1812[2]) für überflüssig erklärten, Clausel, in einer — zu spät! — hinterher hinkenden EröffnungsCitation, nichts frommen, sobald Querela denegatae justitiae Herz und Nieren zu prüfen den Impuls gegeben hat. Das Entbleiben Geladener darf, war der Füllmund des Baues nach unserm §. 18. nicht solid, nicht als Ungehorsam gescholten werden! So erkannte das Oberappellationsgericht Dresden[3]). Wir schließen mit einer, in erfreulicher Weise von Seiten der jetzt[4]) im Falle des §. 205. bei Nummer 1. des Ablösungs-Gesetzes zuständigen Behörde vernommenen, Stimme: „daß auch ihr die Eigenschaft eines Gerichtes beiwohne, welches über ParteiRechte zu entscheiden habe."

1) Wir erinnern a) an die Subhastat.-Ordn. §. 18. den letzten Satz: (der Zuschlag ist hier der Gerichts-Spruch): —, b) daran, daß nach dem Gesetze v. 1. März 1839 alle Vorbedingungen der Ladung ein untheilbarer Complexus sind, folglich es nicht relevirt, wenn etwa, erst nachdem die Edictalien ausgeflossen waren, die Requisite in den §§. 8. 12—15. noch beschafft werden: S. von Holzschuher Theorie u. Cas. des CivilR. Bd. I. S. 324, R. Römer im Arch. f. civ. Prax. Bd. XXXVI. S. 66. Sintenis Civ. Bd. I. S. 221.

2) v. Göckel Th. II. S. 67.

3) In dem in der Note zu §. 7. oben berührten Falle.

4) S. Gesetz v. 5. März 1850. Reg. Bl. S. 103. §. 20. N. 8.

Zur Interpretation des §. 108. des Gesetzes v. 6. April 1833, über die Erbfolge ohne Testament und Vertrag u. s. w.

Vom Herrn Advokat Steinberger in Neustadt a. D.

Nach gemeinem Rechte kann der Erblasser den Pflichttheilsberechtigten dadurch zur Übernahme einer Beschwerung oder Belästigung des Pflichttheils nöthigen, daß er ihm außer demselben noch Vortheile unter der ausdrücklichen Bedingung zuwendet, daß er jene anerkenne. In diesem Falle steht dem Pflichttheilsberechtigten die Wahl zu, entweder bloß den Pflichttheil ohne Beschwerung, oder den Mehrbetrag mit der auf das Ganze gelegten Beschwerde zu fordern. Diese dem Testatur zu Gebote stehende Cautel führt den Namen cautela Socini, und ist von jeher als ein erlaubtes Mittel, den Pflichttheil zu beschweren, in Deutschland anerkannt worden[1]).

Durch das Gesetz v. 6. April 1833, über die Erbfolge ohne Testament und Vertrag (Intestaterbsfolge) und über die damit in nächster Verbindung stehenden Rechtsverhältnisse[2]), ist bestimmt worden, daß es der speciellen Beifügung jener Cautel von Seiten des Erblassers nicht mehr bedürfe, und zwar mit der Maßgabe, daß in einem solchen Falle, wo der Pflichttheil mit einer Belästigung hinterlassen worden ist, der Pflichttheilsberechtigte ohne weiteres den Betrag des Pflichttheils ohne alle Beschwerde zu beanspruchen berechtigt sein soll.

Die hierher bezüglichen Bestimmungen des angeführten Gesetzes lauten in den §§. 107. 108. folgendermaßen:

(§. 107.) „Beschränkungen des Pflichttheils sind ungültig. Ist der Pflichttheil dem dazu Berechtigten zwar hinterlassen, aber von einer Bedingung abhängig gemacht, oder sonst, z. B. mit einem Vermächtnisse, beschwert, so ist die Bedingung oder die Beschwerde für nicht beigefügt zu achten.

Es soll jedoch in diesem Falle der Pflichttheilsberechtigte, wenn er die Verfügung des Erblassers nicht anerkennen will, nur den Pflichttheil, nicht aber auch das ihm etwa außerdem Vermachte erhalten, ohne daß es von Seiten des Erblassers eines besondern Vorbehaltes deßhalb (cautela Socini) bedarf.

---

1) Glück, Comment., z. Pand. Bd. 7. S. 86 ff. Franke, Notherbenrecht (Gött. 1831.) S. 247 ff.

2) Regier. Bl. v. 1833. Göckel, Gesetzsamml. Theil 4. S. 158 u. ff.

Der Sinn dieser gesetzlichen Bestimmung scheint in gewisser Beziehung zweifelhaft, da namentlich die Worte: — „nicht aber auch das ihm etwa außerdem Vermachte" — insofern zu Bedenklichkeiten Anlaß geben, als es ungewiß ist, ob sie sich auch auf den Fall beziehen, wo der Pflichttheilsberechtigte auf mehr, als sein Pflichttheil beträgt, zum Erben eingesetzt ist [1]).

Denkt man sich z. B. den Fall, daß ein Pflichttheilsberechtigter auf den ganzen Nachlaß, jedoch mit der Beschränkung der Restitution als Universalfideicommiß bei seinem Ableben, zum Erben eingesetzt ist [2]), so würde er, wenn man die angedeutete weitere Interpretation befolgen will, nur die Wahl haben, entweder bloß seinen Pflichttheil ohne die darauf gelegte Beschränkung der Restitution als Universalfideicommiß bei seinem Tode, oder aber die gesammte Erbschaft, in diesem Falle jedoch zugleich auch mit der Verbindlichkeit zu der auch den Pflichttheil mit umfassenden Restitution, zu verlangen, in der nämlichen Maße, wie letzteres der Erblasser durch die cautela Socini anzuordnen vermocht hätte.

Es dreht sich hiernach um die Frage, ob nach dem Ausspruche des §. 108. des cit. Gesetzes der Pflichttheilsberechtigte in dem angenommenen Falle nicht bloß dasjenige, was ihm als Legatar oder Fideicommissar, sondern auch dasjenige, was ihm als Erbe und durch Erbeinsetzung zugewendet worden, nach Abzug des Pflichttheilsbetrags verlieren solle.

Für die ausdehnende Auslegung der hier in Betracht kommenden Worte: „nicht aber — Vermachte," und insbesondere des Wortes „Vermachte" spricht im Allgemeinen, daß man in der Sprache des gewöhnlichen Lebens letztwillige Zuwendungen aller Art, sowohl Erbschaften als auch Legate und Fideicommisse, mit dem Ausdrucke Vermachen, Vermachtes, Vermächtniß, bezeichnet, welche Benennungsweise wohl darin ihre Entstehung hat, daß das Testament des älteren deutschen Rechts nichts anderes als ein Aggregat mehrerer einzelner Vermächtnisse, welche dem Bedachten nach dem Tode des Testirers ausgezahlt werden sollten, ohne Einsetzung eines Erben war [3]) Daher

1) Eine nähere Erklärung bieten auch nicht die betreffenden Weimarischen Landtagsverhandlungen von 18$\frac{3}{3}$ Abth. I. S. 64. Abth. II. S. 22.

2) s. Glück, Comment. Bd. 7. S. 77. ff. Mühlenbruch in der Fortsetz. Bd. 35. S. 327. fg.

3) Siegel, das deutsche Erbrecht nach d. Rechtsquellen des Mittelalters. (Heidelb. 1853) §. 47. Beseler, Erbverträge, Bd 1. S. 248 fg.

denn demzufolge auch in den Rechtsbüchern und Urkunden von legare und Vermachen gesprochen wird, ohne Unterschied ob eine eigentliche Erbeseinsetzung oder ein Legat vorliegt.

In gleicher Weise darf man dafür geltendmachen, daß nur durch eine ausdehnende Auslegung hier Gleichheit in die Gesetzgebung gebracht werden kann, zumal sich ein innerer Grund nicht absehen läßt, aus welchem der Gesetzgeber hier einen Unterschied gemacht haben wollte, ob der dem Pflichttheilsberechtigten über den Betrag des Pflichttheils hinaus zugedachte Vortheil durch Erbeinsetzung oder durch Legat hinterlassen worden sei; während die Annahme nahe liegt, daß nach der Absicht des Gesetzgebers dem Pflichttheilsberechtigten in dem Falle, wo er die auf den Pflichttheil gelegte Belästigung nicht anerkennen will, das außerdem Zugedachte ihm in jedem Falle entzogen werden solle. Eine Unterstützung für diese Meinung läßt sich auch noch aus dem im Gesetze vorkommenden Gebrauch der lateinischen Bezeichnung Cautela Socini hernehmen, welcher dafür zu sprechen scheint, daß sie in allen denjenigen Fällen jetzt stillschweigend subintelligirt werden sollte, in denen dieß nach dem gemeinen Rechte überhaupt von Wirksamkeit war; und zu diesen letzteren gehört bekanntlich auch der Fall, wo der Pflichttheilsberechtigte als Erbe im Gesetze bedacht worden ist.

Allein ohngeachtet dieser Gründe unterliegt die ausdehnende Interpretation der eben citirten Bestimmung so erheblichen Bedenken, daß sie als unzulässig betrachtet werden muß.

Indem nach dem Wortlaute des Gesetzes der Pflichttheilsberechtigte dann, wenn er die Verfügung des Erblassers nicht anerkennen will, nicht auch das ihm außerdem Vermachte erhalten soll, so kann nach der bei uns gebräuchlichen und bekannten Terminologie unter dem Vermachten nichts anders verstanden werden, als eine unter dem Titel eines Legates, Vermächtnisses, Fideicommisses geschehene Zuwendung, da das Vermachen, Vermachte, oder das gleichbedeutende Vermächtniß, den geraden Gegensatz zu der Erbeseinsetzung bildet. Dieser Sprachgebrauch wird denn, was hier von besonderm Gewichte ist, namentlich auch in dem ganzen obenangeführten Gesetze befolgt, und in ihm ganz genau zwischen Vermächtnissen und Erbtheilen unterschieden. So wird z. B. im §. 6. und 7. dieser Unterschied gradezu definirt; ferner werden im §. 9. die Vermächtnißnehmer den zur gesetzlichen Erbfolge berechtigten Personen entgegengesetzt; ebenso werden Vermächtnisse in §. 101. a. E. im Gegensatze zu Erbtheilen ge-

nannt, was selbst in dem oben cit. §. 107. geschieht, und ein Gleiches ist in §§. 119. 122. 142. der Fall, wie denn überhaupt in der Sprachweise des Gesetzes durchweg nicht der geringste Anhaltepunct für eine Nachlässigkeit oder Vermengung in der Terminologie zu erblicken ist.

Will man nun aber hiergegen sich darauf berufen, daß der Gesetzgeber, obschon er bei der Abfassung und Publication des Gesetzes wirklich nur an den einen Fall, wo dem Pflichttheilsberechtigten außer seinem Pflichttheile noch Vermächtnisse hinterlassen worden sind, gedacht haben mag, so daß die von ihm ausgeflossene Bestimmung allerdings auch nur diesen ebengedachten Fall nennt, wie er denn z. B. bei den Bestimmungen über die Statthaftigkeit der auf den Pflichttheil gelegten Beschwerden gleichfalls lediglich die testamentarische Erbfolge im Auge gehabt hat, obgleich gleiche Grundsätze auch bei der vom Gesetzgeber ebenfalls hier nicht speciell berücksichtigten Intestaterbfolge zur Anwendung kommen müssen; — doch dann, wenn er an den zweiten Fall gedacht hätte, er in gleicher Weise wie bei dem ersten seine Verfügung getroffen haben würde; mit andern Worten, will man hier die Analogie für zulässig halten, so stellen sich doch grade dieser sehr gewichtige Gründe entgegen.

Betrachtet man das gemeine Recht, so ist der Pflichttheilsberechtigte dann, wenn ihm in der That mehr, als der Pflichttheil ausmacht, oder gar das ganze Vermögen, mit Beschränkungen, z. B. unter Bedingungen, Zeitaufschub u. s. w., zugewendet worden ist, berechtigt, sofort den Pflichttheil rein und unverkürzt zu fordern, so daß die Belastung und die Beschränkungen nur an dem Überschusse fortbestehen; und kann der Pflichttheilsberechtigte zur Übernahme solcher Beschwerungen oder Belästigungen des Pflichttheils nur dadurch genöthigt werden, daß ihm außer letzterm noch Vortheile unter der ausdrücklichen Bedingung zugewendet werden, daß er jene anerkenne und bezüglich erfülle; in welchem Falle die Entscheidung in seine Wahl gestellt ist [1]).

Durch §. 108. cit. hat das gemeine Recht in so ferne eine Abänderung erfahren, als der Pflichttheilsberechtigte, welcher die Verfügungen des Erblassers nicht anerkennen will, das außer dem Pflichttheil ihm Vermachte nicht erhalten soll. Hierdurch trägt aber der cit. §. 108. den Character eines correctorischen Gesetzes an sich. Bei einem

1) Glück, Comm. Bd. 7. S. 77 ff. Mühlenbruch in d. Fortsetz. des Glückschen Comment. Bd. 35. S. 327. Sintenis, d. pract. gem. Civilrecht, Bd. 3. S. 626 u. ff.

correctorischen Gesetze ist jedoch im Zweifel anzunehmen, daß der Gesetzgeber an dem früher bestandenen Rechte so wenig als möglich habe ändern wollen, daß er also den an sich etwa zweideutigen Ausdruck, welcher die Änderung bezeichnet, in dem engern Sinne genommen habe[1]).

Erwägt man ferner, daß jede Fiction, d. h. ein Ereigniß, welches, obschon feststeht, daß es wirklich nicht geschehen ist, dennoch aber als geschehen angenommen wird, nur ein ganz außerordentlicher Weg ist, um eine Thatsache in Gewißheit zu versetzen, und welcher eben deßhalb natürlich nur in den speciellen Fällen eingeschlagen werden darf, wo ihn das Recht selbst eröffnet hat, so liegt auf der Hand, daß der §. 108. überdieß ein *jus singulare*, d. h. einen von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen abweichenden Rechtssatz enthält. Nach der allgemeinen Rechtsregel soll der Testator dasjenige, was er verfügt haben will und was seine Willensordnung ausdrücken soll, selbst zu erkennen geben; die stillschweigende Ergänzung der cautela Socini, wie sie im §. 108. angeordnet ist, erscheint daher lediglich als eine Abweichung von der Consequenz des Rechts, und als contra tenorem rationis introductum[2]). Ein jus singulare ist aber stets strict, d. h. in dem Sinne zu interpretiren, welcher am wenigsten von den bisher bestandenen Rechtsgrundsätzen abweicht[3]).

Der Zulässigkeit der Analogie steht endlich auch der weitere Grund entgegen, daß das bestehende Recht hierzu keine Veranlassung bietet. Die Analogie hat nur den Zweck, etwaige Lücken der Gesetzgebung auszufüllen[4]); eine solche Lücke ist aber in dem in Frage stehenden Falle nach dem gemeinen Rechte, was doch subsidiare Geltung hat[5]), nicht erfindlich, da hierfür die Bestimmung in

c. 32. C. de inoffic. testam. (III, 28.[6])) vollkommene Maßgaben bietet.

---

1) Thibaut, Theorie der log. Ausleg. (2. Ausg.) S. 51. Göschen, Vorles. z. Pand. Bd. 1. S. 77. Z. 3. Vangerow, Pandekt. (6. Ausg.) Bd. 1. §. 24. S. 59. bb. S. 63 ff.

2) Fr. 15. D. de R. J.

3) Fr. 191. D. de R. J. Thibaut a. a. O. Vangerow a. a. O.

4) Fr. 12. D. de legib. Schilling, Lehrb. d. Institutt. Bd. 2. §. 21. Not. f.

5) §. 153. des angef. Gesetzes: „Da aber, wo die Bestimmungen gegenwärtigen Gesetzes nicht ausreichen sollten, sind lediglich die Vorschriften des gemeinen Sächsischen Rechts und aushülfsweise die in Deutschland geltenden gemeinen Rechte in Anwendung zu bringen."

6) Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, ut si quid minus legitima

Aus diesen Gründen ist der Sinn und Umfang des cit. §. 108. dahin zu erklären, daß er sich lediglich auf Vermächtnisse und Fideicommisse, nicht jedoch auf Erbtheile, bezieht.

Zu Art. 229. Satz 2. und 53. des StGBuchs.

Vom Herrn Kreisgerichtsdirector Schmid zu Weida.

Ein Aufsatz in Nr. 6. dieser Blätter behandelt die Frage: Kann der Hausdieb, wenn er mehrere einfache Hausdiebstähle begangen hat, von denen jeder einzelne den Betrag von 5 Thlrn. nicht erreicht, deren Gesammtbetrag aber sich auf 5 Thlr. oder mehr beläuft, auch ohne Antrag des oder der Beschädigten amtswegen durch die Staatsanwaltschaft strafrechtlich verfolgt werden?

In einem vorgekommenen Falle ist dieselbe von den Gerichten verneinend entschieden worden, unter Anführung von Gründen, die im wesentlichen darauf hinausgehen: jeder einzelne Hausdiebstahl sei kein Verbrechen, es finde daher bei dem Zusammentreffen mehrerer Diebstähle dieser Art keine Concurrenz von Verbrechen, und folglich eben so wenig die im Art. 53. erwähnte Zusammenrechnung Statt; auch dürfe dem Beschädigten das durch das Gesetz ihm eingeräumte Recht nicht entzogen werden, die Bestrafung einer ihm zugefügten Rechtsverletzung durch Nichtstellung des Antrags abzuwenden. Der Verfasser jenes Aufsatzes bestreitet die Richtigkeit dieser Gründe, und sucht auszuführen, daß die Frage zu bejahen sei.

Der Unterzeichnete hält die Entscheidung der Gerichte und deren Gründe für richtig, die Gegenausführung für mißlungen, und es erscheint ihm wünschenswerth, daß sich über diese practisch wichtige Frage eine feste Meinung bilde. Dazu sollen die folgenden Bemerkungen mitwirken.

---

portione his derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem movere poterant, hoc repleatur, ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur, hoc in praesenti addendum esse consemus, ut, si conditionibus quibusdam, vel dilationibus aut aliqua dispositione moram vel modum, vel aliud gravamen introducente, eorum jura qui ad memorotam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcunque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset; c. 36. Cod. eod. S. auch Mühlenbruch in der Forts. z. Glück's Comm. Bd. 35. S. 327 ff.

Es muß dabei vorausgesetzt werden, daß die einzelnen Hausdiebstähle unter 5 Thlr. (sie mögen hier etwas kürzer kleine heißen) in sich vollendete Thatsachen sind. (Artt. 22. und 215. des StGB.) Denn wären sie in Beziehung auf ein dauerndes Verhältniß begangen, oder erschienen sie als fortschreitende Ausführung desselben Entschlusses, oder als Bestandtheile einer und derselben That, so wären sie nach Art. 51. des StGB. nur als ein einziges Verbrechen zu beurtheilen. Von diesem Falle ist hier nicht die Rede.

Der Art. 229. Satz 2. des StGB., auf dessen Inhalt es hier zunächst und hauptsächlich ankommt, lautet:

„Einfache Hausdiebstähle unter 5 Thlr. (Art. 216. nr. 1.) sollen nur auf Antrag des Bestohlnen bestraft werden, wenn der Dieb als Kommis 2c. in Kost und Lohn des Bestohlnen steht, oder wenn der Dieb und der Bestohlne unter den gedachten Verhältnissen in derselben häuslichen Gemeinschaft leben."

und spricht damit folgende Sätze aus: der einfache kleine Hausdiebstahl soll ohne Antrag des Bestohlnen keiner Bestrafung unterliegen; — der Antrag des Bestohlnen soll ihn strafbar machen; — nur dieser Antrag (also nichts andres) soll diese Wirkung hervorbringen.

Da schon die Worte des Gesetzes über den Sinn desselben jeden Zweifel ausschließen, so würde überflüssig sein, zu dessen Feststellung noch andere Interpretationsregeln zur Hülfe zu nehmen.

Durch die erwähnte Bestimmung, auf welche in den Eingangsworten des Art. 216. besonders mit hingewiesen wird, ist mithin für die ganze Unterart der kleinen Hausdiebstähle die allgemeine Strafandrohung des eben erwähnten Art. 216. aufgehoben, und soll nur dann wieder eintreten, wenn der Antrag auf Untersuchung gestellt wird. Für diese Diebstähle ist sie daher nur eine bedingte oder eventuelle. Darüber: ob man den Eintritt der Bedingung oder des eventus als einen Theil des objectiven Thatbestandes zu betrachten, oder unter welchen andern Gesichtspunct er zu stellen sei? mögen vielleicht die Ansichten verschieden sein. Welche die richtige wäre? ist aber für die vorliegende Streitfrage völlig gleichgültig. Denn jedenfalls steht so viel fest, daß der einzelne kleine Hausdiebstahl ohne den Antrag keiner Bestrafung unterliegen soll, daß mithin für ihn eine wirksame Strafandrohung nicht besteht, und folglich die ihm zu Grunde liegende Rechtsverletzung keine Übertretung eines Strafgesetzes einschließt. Da aber ohne letztere ein Verbrechen nicht zur Existenz gelangen kann, so darf er als ein solches vor dem Hinzutritt des Antrags nicht betrachtet werden.

So lange aber nicht die Straflosigkeit jedes einzelnen der von einem Individuum verübten mehrerer kleinerer Hausdiebstähle aus dem Wege geräumt werden kann, also kein einzelnes Verbrechen vorliegt, so lange kann auch keine Mehrheit von Verbrechen entstehen, und so lange wird wohl der für eine petitio principii ausgegebene Satz: „was nicht existirt, kann nicht zusammengerechnet werden" (dreimal 0 ist weder 3 noch 1 sondern 0), als logisch richtig anzuerkennen sein. Nach der von dem Verfasser vertretenen Ansicht soll aber eben dadurch, daß mehrere kleine Hausdiebstähle (consequenterweise muß natürlich was von ihnen gilt, auch von allen andern rechtlich ihnen gleichstehenden kleinen Rechtsverletzungen z. B. Veruntreuungen rc. gelten) processualisch concurriren, d. h. in einer Untersuchung verhandelt werden, wenn sie zusammen über 5 Thlr. betragen, die Individualität derselben aufgehoben, es soll fingirt werden, daß die kleinen straflosen Rechtsverletzungen zu einem großen wie zu einem Verbrechen zusammengewachsen seien, und dadurch ihre Straflosigkeit verloren haben. Da die Berechtigung zu dieser geistigen Doppel-Operation hauptsächlich aus der Bestimmung des Art. 53. S. 1. des StGB. abgeleitet werden soll, so wird die Wiederholung desselben zur bequemern Übersicht dienen. Er lautet:

„Hat sich jedoch Jemand mehrerer der im Art. 47. nr. 3. aufgeführten Verbrechen gegen das Eigenthum schuldig gemacht, und sind diese Verbrechen nach gleichen, mit Rücksicht auf den Betrag des Verbrechens abgestuften, Strafsätzen zu beurtheilen, so ist der Betrag der mehreren Verbrechen zusammenzurechnen und der Verbrecher nach dem für diesen Gesammtbetrag geltenden Strafsatze zu beurtheilen."

Man wird schon von vornherein in eine Auslegung Mißtrauen zu setzen haben, welche beweisen will, daß die Gesetzgebung einem blinden Ohngefähr, wie das von Zufälligkeiten abhängige processualische Zusammentreffen ist, die Entscheidung über die Strafbarkeit oder Straflosigkeit einer Handlung habe überlassen wollen. Daß dieß nicht hat geschehen sollen, ergiebt sich indessen schon daraus, daß die gesetzliche Bestimmung nicht von der processualischen Concurrenz spricht, sondern die Zusammenrechnung u. s. w. für den Fall verordnet, daß sich jemand mehrerer gleichartiger Verbrechen schuldig gemacht hat, sich also nicht auf die zufällige Gleichzeitigkeit der gerichtlichen Verhandlung, sondern auf das verbrecherische Gebahren des Angeklagten bezieht. Die

Richtigkeit dieser Bemerkung bedarf keiner nähern Nachweisung, doch findet sich in den neuen Jahrbüchern für sächs. Strafr.

Bd. VI. S. 340 und 348

eine Bestätigung derselben.

Möglicherweise könnte jedoch die im Gesetz bezeichnete Concurrenz, welche der Kürze wegen hier die materielle genannt werden soll, die Bedeutung wirklich haben, welche der processualischen mit Unrecht zugeschrieben worden ist. Obgleich beide Arten insofern verwandt sind, als die letzte nicht ohne die erste vorkommen kann, so sind sie doch nicht identisch, und weichen sowohl dem Begriff als der Wirkung nach wesentlich von einander ab. Die Verschiedenheit der Begriffe ergiebt sich von selbst; und um die Verschiedenheit der Wirkung anschaulich zu machen, genügt ein Beispiel. Jemand hat 3 Hausdiebstähle jeden zu 5 Thlrn. begangen. Zwei davon sind auf Antrag bestraft. Später erlangt die Staatsbehörde auch von dem dritten Kenntniß. Entschiede die processualische Concurrenz, so müßte der letztere straflos bleiben, weil eine neue Concurrenz dieser Art nicht entstehen könnte, während er bestraft werden müßte, wenn die materielle maßgebend wäre, vorausgesetzt, daß bei der im Art. 53. vorgeschriebenen Zusammenrechnung auch die schon bestraften Verbrechen mit zu berücksichtigen sind, was wohl der Fall sein wird.

vergl. die angef. Stellen der neuen Jahrbücher.

Daß die practische Ausführung der Ansicht: die Art. 53. vorgeschriebene Zusammenrechnung müsse auch auf solche Rechtsverletzungen angewendet werden, die für sich allein nicht strafbar sind, auf mancherlei Zweifel und Inconvenienzen stoßen müßte, wird sich an einigen Beispielen zeigen, deren Zahl leicht vermehrt werden könnte. Würden dabei die bereits bestraften Verbrechen, soweit sie noch nicht verjährt sind, mit in Aufrechnung gebracht, so würden sie als Theile des durch die Concurrenz entstandenen neuen zum zweitenmal bestraft, wenn die neu hinzugekommenen straflosen Fälle weniger als 5 Thlr. betrügen. Blieben sie ausgeschlossen, so ergäbe sich die mit den Grundsätzen vom Rückfall im Widerspruche stehende Eigenthümlichkeit, daß das nicht bestrafte Verbrechen dem Schuldigen nachtheiliger wäre, als das bestrafte, und überdieß würde auch in diesem Falle der Zufall über die Strafbarkeit entscheiden.

Man würde annehmen müssen, daß der aus mehreren kleinen Hausdiebstählen entstehende große in dem Augenblicke zur Existenz gelange,

in welchem der den Betrag von 5 Thlrn. ergänzende vollendet werde. Von diesem Augenblick an würde sich also die 1jährige Verjährung des Art. 72. in eine 5jährige nach Art. 71. umwandeln müssen. Sollte nun der Anfangspunkt auch für die frühere wieder von neuem beginnen? oder sollte jeder einzelne Theil seine eigne Verjährung behalten, und demnach die Vereinigung in dieser Beziehung ausgeschlossen bleiben? Geschähe letzteres, so könnte jeder einzelne Diebstahl bald strafbar bald wieder straflos werden, je nachdem der Wechsel der Zufälle sein Spiel triebe. Nähme man das Beginnen eines neuen Laufes an, so könnte sich die Verjährung eines kleinen Hausdiebstahls, wenn er mit einem Diebstahl über 5 Thlr. concurrirte, sogar nach Artt. 71. und 216. nr. 2. bis zu 15 Jahren, und 364 Tagen ausdehnen.

Läge ein klares Gesetz vor, so würden diese und ähnliche Zweifel und Inconvenienzen nichts dagegen beweisen, man müßte sie mit demselben, wie man sagt, in den Kauf nehmen, und die Zweifel so gut es gehen wollte zu lösen suchen. Für die Interpretation würden sie aber, wenn man ihrer dazu bedürfte, dessen ohngeachtet nicht ganz werthlos sein.

Eine etwaige Antinomie zwischen dem: „Nur" u.s.w. des Art. 229. und dem Art. 53. würde wohl zu Gunsten des erstern zu lösen sein. Sie liegt aber nicht vor, da der letztere ohnehin nicht in dem Sinne aufzufassen ist, daß er an sich nicht strafbare Rechtsverletzungen in strafbare habe umwandeln wollen.

Es ist ein in der Wissenschaft allgemein anerkannter und von allen Gesetzgebungen adoptirter Grundsatz, daß jede Strafandrohung gegen die den Rechtsfrieden störende That, nach ihrer eignen objectiven Beschaffenheit in Beziehung auf die Größe und Gemeingefährlichkeit der Störung gerichtet ist, und daß der frühere Lebenswandel des Verbrechers so wie dessen Benehmen nach der That nur auf die Feststellung des Maßes der objectiv verwirkten nicht absolut bestimmten Strafe insofern mehreren oder minderen Einfluß üben sollen, als sie die größere oder geringere Verdorbenheit des subjectiven Willens bekunden. Auch das Thüring. StGB. geht von diesem Grundsatz aus, wie das ganze sechste Capitel desselben beweist, namentlich in den Artikeln 41 und 52.

Der Art. 53. macht in Beziehung auf die Strafbarkeit davon keine Ausnahme. Schon die Überschrift des Capitels, in welchem er steht: „Von der Zumessung der Strafe, deren Erhöhung und

Milderung" deutet an, daß es keine Bestimmungen darüber enthalten soll: welche Handlungen bestraft werden sollen, oder nicht, sondern nur Regeln, wornach das Maß der Strafen, wenn dergleichen verwirkt sind, richterlich festzusetzen ist; und der Inhalt des Artikels ist der Überschrift des Capitels entsprechend. Er gebietet nur die Zusammenrechnung der Beträge und die Beurtheilung des Verbrechens nach dem für den Gesammtbetrag geltenden Straffatz, wenn sich jemand mehrerer der näher bezeichneten Verbrechen schuldig gemacht hat. Jede Entscheidung darüber: ob die zu beurtheilenden Handlungen des Angeschuldigten Verbrechen sind oder nicht? ist ihm völlig fremd. Da die Beträge mehrerer Verbrechen nicht zusammengerechnet werden könnten, wenn nur eins vorhanden wäre, so erkennt er indirect die Fortdauer der Mehrheit an, und verlangt nicht die naturwidrige Verschmelzung der einzelnen zu einem neuen, dessen nach Art. 258. nr. 1. der StPO. nöthige Benamung schon ihre Schwierigkeit haben würde, wenn verschiedene Gattungen der nach Art. 47. nr. 3. gleichartigen Verbrechen in den Schmelztiegel gebracht worden wären. In dieser Anerkennung liegt ein weiterer Beweis, daß die ganze Bestimmung — deren Zweck ist, die Härten zu mildern, zu welchen die unbedingte Anwendung des im Art. 52. ausgesprochenen Grundsatzes: quot crimina tot poenae in einzelnen Fällen führen könnte —

Held-Siebdrat, Comm. S. 98.

nur auf die Feststellung des Strafmaßes zu beziehen ist. Am wenigsten aber enthält der Artikel auch nur die entfernteste Andeutung, daß im Einzelnen nicht strafbare Rechtsverletzungen zu einem strafbaren Ganzen umgewandelt werden sollen. Augenscheinlich folgt daraus, daß der Urheber mehrerer Verbrechen nach dem für ihren Gesammtbetrag geltenden Straffatze beurtheilt werden solle, eben so wenig, daß diese mehreren Verbrechen zu einem einzigen werden, als Veruntreuungen, Betrügereien u. s. w. zu Diebstählen werden, weil sie mit der Strafe des Diebstahls bedroht sind.

Hätte die Gesetzgebung kleinen Hausdiebstählen u. s. w., wenn ihrer mehrere sind, die Straflosigkeit entziehen wollen, so würde sie diese Ausnahme von der Ausnahme im Art. 229. S. 2. an dieser Stelle ohnfehlbar angeordnet haben. Einen solchen Redactionsmangel darf man nicht ohne hinreichenden Grund annehmen.

Der Art. 2. der StPO. berührt eben so wenig die Frage: welche Handlungen Verbrechen sind?

Auch der weitere Entscheidungsgrund der Gerichte: dem Beschädigten könne das Recht nicht entzogen werden, einen ihm zugefügten kleinen Hausdiebstahl zur Strafe zu bringen, oder nach Belieben davon auszuschließen, dürfte wohl ebenfalls nicht als beseitigt anzusehen sein. Die Behauptung, das fragliche Recht sei überhaupt nicht als ein jus quaesitum zu betrachten, widerstreitet dem Art. 72. S. 2. des StGB., wo es ausdrücklich für ein Recht des Betheiligten erklärt ist.

Überdieß deuten aber auch die Vorschriften im ersten Satz des ebengedachten Art. 72.:

„Verbrechen, welche nur auf Antrag eines Betheiligten untersucht und bestraft werden, verjähren binnen einem Jahre von dem Augenblicke an, wo der zu dem Antrag Berechtigte Kenntniß von der Person des Verbrechers erlangt hat, und jedenfalls, abgesehen von erlangter oder nicht erlangter Kenntniß, wenn von dem Augenblick der verbrecherischen Handlung an ein 5jähriger Zeitraum abgelaufen ist."

unverkennbar darauf hin, daß die Gesetzgebung bei Verbrechen, welche nur auf Antrag untersucht werden, im Interesse der bürgerlichen Gesellschaft einen Rechtsschutz durch Strafe nicht für unbedingt nöthig ansieht, sondern nur auf Verlangen des Betheiligten gewähren will. Denn nur von diesem Gesichtspuncte aus läßt sich die Beschränkung der bei dem geringsten gemeinen Diebstahl u. s. w. 5 Jahre dauernden Verjährungsfrist und die Bestimmung erklären, daß sie erst von dem Augenblicke an beginnen soll, wo der Verletzte von der Person des Verbrechers Kenntniß erlangt hat. Insbesondere liegt der Abkürzung der Verjährungsfrist wie in dem sächs. StGB.

Held=Siebdrat, Comment. zu Art. 77.

auch in dem Thüring. die Annahme zu Grunde, daß das einjährige Schweigen den stillschweigenden Erlaß beweise, und ein etwaiger späterer Antrag aus erst später hinzugetretenen unlautern Motiven hervorgegangen sei.

Und endlich sieht man sich vergeblich nach einem nur irgend haltbaren Grunde um, aus welchem sich die Gesetzgebung hätte bewogen finden können, das Recht des Verzeihens bei der Wiederholung kleiner Hausdiebstähle und der ihnen gleichstehenden Rechtsverletzungen auf den Gesammt=Betrag von 5 Thlrn. zu beschränken, während ihm bei Verwandten=Diebstählen und andern viel schwerern Verbrechen keine Grenze gesetzt ist.

Literarische und bibliographische Umschau.

Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung von Schletter. Verlag von Ferdinand Enke. Erlangen 1855.

Wir können nicht umhin, hier auf dieses Werk aufmerksam zu machen, dessen Grundidee und Zweck — Gewährung eines centralisirenden Überblicks über die Fortschritte der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung — ganz mit denjenigen Gesichtspuncten und Zwecken zusammenfällt, welche wir bei unserer „Literarischen und bibliographischen Umschau" bisher genommen und verfolgt haben. Da wir annehmen können, daß das verdienstvolle Schletter'sche Werk sich bei den meisten Practikern Eingang verschaffen werde und da es voraussichtlich bei der Vereinigung vieler tüchtiger Kräfte zur Unterstützung dieses Werks die ihm gestellte Aufgabe in vorzüglicher Weise lösen wird, so werden wir künftig die Referate und Besprechungen literarischer Producte zu dem Zweck der Gewährung einer centralisirenden Übersicht aus dem Programm unserer Zeitschrift streichen. Damit soll indessen die Besprechung einzelner Werke, namentlich solcher Schriften, welche mit dem einheimischen Recht in näherer Beziehung stehen, für diese Blätter keineswegs ausgeschlossen sein und bitten wir unsere Herren Mitarbeiter, hierauf geeignete Rücksicht nehmen zu wollen. Die Redaction.

Neueste Literatur über die Lehre von der Stellvertretung bei Verträgen.

Buchka, die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. 1852. 256 SS.

Dernburg, Recension der genannten Schrift in der krit. Zeitschr. f. d. ges. Rechtswissenschaft I. Heft 1. S. 1 — 20. Diese Recension enthält eine ganz selbständige Ausführung.

Brinz, kritische Blätter civilistischen Inhalts. n. 2. 1852.

v. Savigny, Obligationenrecht. 1853. Bd. II. §. 54 — 60. S. 21 — 88.

v. Scheurl, Stellvertretung, besonders bei Begründung von Obligationen in d. krit. Überschau I, 3. S. 315 — 338.

Ruhstrat, über Savigny's Lehre von der Stellvertretung.

A. Römisches Recht.

Einig ist man über den strengen, durchgreifenden Grundsatz des alten Rechtes, daß eine Vertretung in obligatorischen Verträgen, so daß der Vertreter den Vertretenen zum Gläubiger oder Schuldner machte, nicht möglich war. Das alte Recht kannte den Begriff der Stellvertretung nicht, welchen

Scheurl so hinstellt: Stellvertretung ist Vornahme einer juristischen Handlung, welche an sich einem Andern zukommt, mit der Absicht, die derselben eigenthümlichen rechtlichen Wirkungen für den Andern so hervorzubringen, als ob dieser selbst Urheber der Handlung wäre. Über den inneren Grund jenes Grundsatzes des alten Rechts gehen die Ansichten schon aus einander. Während Puchta und nach ihm Buchka ihn aus dem innern Wesen des Vertrags herleiten wollen, wird er von Dernburg, Brinz, Savigny auf die dem römischen Rechte eigenthümliche Richtung auf bestimmte plastische Formen, wie sie besonders in der Stipulation hervortritt, zurückgeführt. — Einige Verhältnisse, die man wohl als Ausnahmen von der Regel angesehen hat, fallen gar nicht unter dieselbe. So der Übergang der Obligationen auf die Universalsuccessoren und der Erwerb des Hausvaters durch die Hausuntergebenen. In beiden Fällen existirt eine Vermögenseinheit, es ist also von dritten Personen keine Rede. Es bedarf daher in diesen Fällen von keiner Seite des auf Vertretung gerichteten Willens. Es bildeten sich aber allmählich auch Ausnahmen. Eine Vertretung, nicht nur der Wirkung, sondern auch dem Willen nach findet Statt bei dem, was der Vormund für den Pupillen, und städtische Beamte als Verwalter des Gemeindevermögens vornehmen; die rechtliche Stellung dieser Personen ist von Buchka, Dernburg, Savigny in ihrer Entwickelung dargestellt. Nicht einig ist man über eine Anzahl von Fällen, in denen durch ein prätorisches Rechtsmittel eine Forderung aus einem Vertrage gegen einen Dritten gegeben ist, die sogenannten actiones adjectitiae qualitatis. Nach Savigny liegt in diesen Fällen eine directe Vertretung vor. Die actio quod iussu, exercitoria, institoria, quasi institoria läßt derselbe immer zustehn, wo der angestellte Vertreter innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht contrahirt hat; die actio quasi institoria führt er auf die Regreßklage des Vertreters gegen den Vertretenen, zu deren Cession ersterer vom Mitcontrahenten gezwungen werden konnte, zurück. Diese Auffassung ist von Ruhstrat, dem Dernburg beitritt (krit. Zeitschr. f. d. ges. Rechtswissenschaft II. Hft. 4. S. 394 f.), wirksam bekämpft. Ruhstrat zeigt, daß auf jenes Regreßverhältniß gar Nichts ankomme; er führt vielmehr die Verbindlichkeit des Principals darauf zurück, daß der Mitcontrahent in Hinsicht auf den Principal contrahirt habe, so daß eine wirkliche Willensübereinstimmung zwischen Beiden vorliege. Er weist nach, daß nur für diesen Fall das Bedürfniß einer prätorischen Klage vorhanden war, und daß die obigen vier prätorischen Klagen in der That auch nur gegeben sind, wo der Vertreter als solcher aufgetreten war, wo also mit Rücksicht auf den Principal contrahirt worden ist. Hierin stimmt Ruhstrat mit Thöl, Handelsrecht, und mit Buchka überein. So findet in diesen Fällen gar keine directe Vertretung Statt. Auch Brinz rechnet diese Fälle nicht zu dem, was er unmittelbare Stellvertretung nennt, welche allein nach ihm im römischen

Rechte ausgeschlossen ist. Ebenso geht Dernburg von dieser Anschauung aus. Allseitig ist ferner anerkannt, (siehe besonders Buchka S. 42. 46.), daß durch die prätorischen Klagen die Klagen gegen den Stellvertreter selbst nicht alterirt wurden, was von neueren Juristen immer wieder behauptet worden ist. Was die actio de in rem verso anlangt, so herrscht Streit zwischen Savigny und Ruhstrat. Ersterer behauptet die actio de in rem verso sei nie über Sklaven und Haussöhne hinaus ausgedehnt worden, der letztere nimmt bei freien Stellvertretern eine actio utilis de in rem verso an; auch hier tritt Dernburg ihm bei. Viel Gutes über die Natur der actiones adjectitiae qualitatis enthält auch §. 13 von Bekkers processualischer Consumption.

Abgesehen von allen jenen, theils wirklichen, theils scheinbaren Ausnahmen, behauptet aber Savigny auch eine theilweise Umwandlung der alten Regel im neueren Rechte. Schon lange vor Justinian soll dieselbe für alle formlosen Verträge allmählich aufgehoben sein. Diesen Satz gründet er vorzüglich auf l. 53. de aquir. dom. und sucht auch die innere Nothwendigkeit dieser Umbildung nachzuweisen, indem er dabei von der rechtlichen Stellung des nuntius ausgeht. Auch seine hierher einschlagenden Ausführungen sind von Ruhstrat widerlegt. Noch unter Justinian bestand das Institut der Stellvertretung im Wesentlichen in einer Modification der alten Regel durch die prätorischen Klagen. Die justinianische Compilation bietet in diesem Puncte nicht das Bild einer unfertigen Rechtsentwickelung, sondern im römischen Rechte sind die gegebenen Grundsätze nach jeder Richtung hin folgerichtig und consequent durchgeführt. Dieß ist namentlich von Dernburg gegen Buchka hervorgehoben. Eigenthümlich ist in dieser Frage die Ansicht Scheurls. Für das reine römische Recht stimmt er gegen Savigny und zwar aus rein historischen Gründen, wie besonders hervorgehoben wird. Dagegen tritt er Savigny's Begründung insoweit bei, daß er dessen Ansicht nur für einen Anachronismus hält. Nach ihm ist unser heutiger vom römischen Rechte abweichender Rechtszustand nicht aus Buchka's rechtlicher Fiction, noch aus Dernburgs Aufhören antik plastischer Anschauung zu erklären, sondern aus einer nothwendigen inneren Entwickelung, ganz wie sie Savigny schon für das neuere römische Recht annimmt.

B. Heutiges Recht.

Weniger Streit herrscht über die Gestaltung der Lehre von der Stellvertretung bei Verträgen nach heutigem Recht. Jeder Mandant, der als solcher contrahirt, steht jetzt regelmäßig mit dem nuntius rechtlich auf einer Stufe, insofern auch er nur Instrument des Geschäftsherrn ist und durch seine Verträge nicht persönlich verbindlich wird. Der Geschäftsherr selbst ist juristisch der Mitcontrahent des Dritten. Wo ein genereller Mandatar als solcher Verträge eingeht, contrahirt der Geschäftsherr mit unbekannten,

unbestimmten Personen. Überhaupt kann man, was nach römischem Recht nicht statthaft war, nach heutigem Rechte mit unbestimmten Personen contrahiren. Buchka und Brinz weichen von den übrigen genannten Schriftstellern nur in der Begründung dieser Sätze ab; im Resultat stimmen sie überein. Jedoch auch hier ist im Einzelnen noch Manches streitig. Ob nämlich ein Mandatar als solcher contrahirt habe, will Savigny darauf stellen, ob er in seinem Namen oder im Namen des Mandanten abgeschlossen hat. Ruhstrat zeigt hingegen, auch wenn der Mandatar in seinem Namen abgeschlossen, könne immer Einverständniß herrschen, daß die Person des Mandanten darunter zu verstehn sei; ein solches Einverständniß kann auf ausdrücklicher oder stillschweigender Übereinstimmung beruhen. Persönlich verbindlich wird der Vertreter nur dann, wenn eine Übereinkunft, daß er als Mandatar handle, gar nicht vorliegt. Für diesen Fall steht auch dem Dritten die actio institoria oder quasi institoria nicht zu, da sie ja auch schon nach römischem Recht nicht zustand, wo ohne Rücksicht auf den Principal contrahirt war, und dieses Recht nicht abgeändert ist. — Die neueren Gesetzgebungen erkennen die richtige Theorie in der Hauptsache an, so die Preußische, Österreichische, Französische. —

Zu erwähnen ist noch, daß die Fälle, in welchen ausnahmsweise ein Dritter, Nichtvertretener aus dem Vertrage zweier Andern Rechte erwirkt, obwohl sie häufig (Buchka, Dernburg, Brinz) bei der Theorie von der Stellvertretung mit erörtert werden, doch, wie Savigny nachweist, obwohl äußerlich ähnlich, von denen der Stellvertretung innerlich verschieden sind. Aus dieser Verschiedenheit folgt, daß hinsichtlich dieser Fälle das römische Recht heute noch gilt, daß auch heut zu Tage in der Regel ein Dritter aus dem Vertrage zweier Andern, abgesehen vom Falle der Stellvertretung, keine Rechte erwirbt. Von großer practischer Wichtigkeit ist diese Wahrheit freilich nicht, da in den meisten und wichtigsten Fällen durch nachfolgende Genehmigung das Verhältniß der Stellvertretung nachträglich herbeigeführt werden wird. — Demelius.

Selbstanzeige des Verfassers.

Hermannus Frieder. Ortloff, U. J. D. de processus executivi origine et natura. Jenae, MDCCCLIV. 8. Diese vier Bogen starke Abhandlung ist allein zu haben in der Cröker'schen Buchhandlung zu Jena. Preis: 7½ Sgr.

In vorstehender Dissertation pro obtinenda venia docendi hat der Verfasser, gegen die von Briegleb in seiner allbekannten Monographie über den Executivproceß ausgeführte Ableitung dieser summarischen Proceßart aus Italien, darzuthun versucht, daß der heutige deutsche Executivproceß nicht

aus dem italienischen Urkundenverfahren, sondern aus der altdeutschen Privatpfandung herstamme, daß seine erste Entwickelung und Form aber, mit dem Verschwinden jener Pfandung, in der sächsischen Praxis, Gesetzgebung und Doctrin zu finden, und er selbst in Sachsen zuerst zu der Form der heutigen summarischen Proceßart gelangt, von da in andere Particularrechte übergegangen und keineswegs gemeinrechtlich sei.

Der Verfasser erlaubt sich, nicht nur auf die Geschichte jener deutschen Executionsart aus „Briefen", sondern auch auf die Resultate, welche aus seiner Darstellung für manche Controverse in der Lehre des Executivprocesses gezogen werden können, und für Doctrin und Praxis nicht ohne Interesse sind, aufmerksam zu machen. Dr. Hermann Ortloff.

Statistische Notizen.

Das Herzogliche Justizcollegium zu Coburg [1]) hat im Kalenderjahr 1854 als Spruchbehörde in Criminaluntersuchungen

I. in erster Instanz

A. 273 Erkenntnisse, nämlich

188	in Untersuchungen des Justizamts Coburg, mit einer Bevölkerung				von . . .	21,466	Seelen,
35	„	„	„	„	Neustadt . .	9,668	„
20	„	„	„	„	Rodach . . .	7,836	„
14	„	„	„	„	Sonnefeld .	5,607	„
16	„	„	„	„	Königsberg .	2,417	„
273					Summa	46,994	Seelen.

II. in zweiter Instanz

B. 58 Erkenntnisse für die nur genannten fünf Justizämter [2]).

1) Das Justizcollegium zu Coburg besteht aus 1 Director, 3 Räthen und 1 Hülfsarbeiter. Die Erkenntnisse in Criminaluntersuchungen machen etwa den dritten Theil seiner Geschäfte aus.

2) Die Competenz zwischen dem Justizcollegium und den Justizämtern ist durch das Gesetz vom 5. October 1851 regulirt, dessen wesentlichste Bestimmungen folgende sind:

Art. 1.

„Die Justizämter als Untergerichtsbehörden entscheiden in erster Instanz über „alle Vergehen, welche nach einem Strafsatz von höchstens sechs Wochen Gefängniß, „allein oder wahlweise mit verhältnißmäßiger Geldstrafe, zu bestrafen sind, gleichviel, „ob auf natürlichen oder künstlichen Beweis hin zu erkennen ist."

C. 25 Erkenntnisse für das Herzogthum Gotha [1]).

D. 10 Erkenntnisse, als Oberkriegsgericht für das permanente volle Kriegsgericht in Coburg.

366 Erkenntnisse in Summa gefällt.

In den bei B. gedachten 58 Fällen wurden von den Erkenntnissen der ersten Instanz . . . . 53 confirmirt, 5 reformirt.

In den bei C. gedachten 25 Fällen 21 = 4 =
= = = D. = 10 = 5 = 5 =
sonach 79 confirmirt, 14 reformirt.

Gegen 48 der 273 Erkenntnisse erster Instanz (A.) legten 54 Angeschuldigte in 48 Untersuchungen das Rechtsmittel der Vertheidigung ein. Von diesen erlangten in zweiter Instanz 14 Angeschuldigte in 10 Untersuchungen reformatorische, dagegen 34 Angeschuldigte in 33 Untersuchungen confirmatorische Erkenntnisse. Über die Vertheidigung von 6 Angeschuldigten in 5 Untersuchungen hatte die zweite Instanz am Jahresschlusse noch nicht entschieden.

In die dritte Instanz, an das Oberappellationsgericht zu Jena [2]) gedieh nur 1 Fall, welcher confirmatorisch entschieden wurde.

Art. 2.

„Über alle Verbrechen und über alle andere, als die im Artikel 1. gedachten „Vergehen, urtheilt das Justizcollegium zu Coburg in erster Instanz."

Art. 3.

„Bei Entscheidung über diese Zuständigkeiten kommt es nicht auf die für den „vorliegenden Fall selbst zu erkennende Strafe an, sondern auf den gesetzlichen Straf„satz, dem das einzelne in Frage stehende Verbrechen oder Vergehen oder auch meh„rere ihrem Betrag nach zusammenzurechnende Vergehen unterliegen. Dabei soll die „Möglichkeit, daß wegen Rückfalls der höchste gesetzliche Strafsatz überschritten wer„den oder wegen Milderungsgründen unter den niedrigsten gesetzlichen Strafsatz her„untergegangen werden kann, nicht berücksichtigt werden; ausgenommen den Rückfall „in denjenigen Fällen, in welchen für ihn der besondere Theil des Strafgesetzbuchs „einen besondern Strafsatz aufstellt."

„Sind bei der gleichen Theilnahme an einem Verbrechen oder Vergehen für die „einzelnen Theilnehmer verschiedene gesetzliche Strafsätze aufgestellt, so ist der höhere „Strafsatz für die Beurtheilung des ganzen Verbrechens oder Vergehens rücksichtlich „aller gleichen Theilnehmer entscheidend, auch wenn der nach dem höhern Strafsatz „zu Bestrafende nicht mit in der Untersuchung begriffen ist."

„Der Versuch, die ungleiche Theilnahme und die Begünstigung, richten sich nach „dem Hauptverbrechen oder Hauptvergehen, gleichviel ob der Hauptverbrecher mit in „der Untersuchung begriffen ist oder nicht."

Außerdem sind die Justizämter auch in allen gewöhnlichen Injurienhändeln nach dem Gesetze vom 27. November 1851 zum Erkenntniß competent, in welchen keine höhere als sechswöchentliche Gefängnißstrafe in Hypothese auszusprechen ist.

1) Die beiden Justizcollegien zu Coburg und zu Gotha bilden sich gegenseitig die zweite Instanz.

2) In acht Fällen wurde auf den Reinigungseid erkannt. Nur ein Angeschul-

In den oben bei A. gedachten 273 Fällen waren 409 Personen, und zwar 384 Inländer und 25 Ausländer, in Untersuchung.

Gegen 11 Angeschuldigte gingen die Untersuchungen zum erstinstanzlichen Erkenntnisse an die Justizämter zurück.

" 110 Angeschuldigte wurden die Untersuchungen wegen Mangels am Beweise eingestellt. (Entbindung von der Instanz.)

13 Angeschuldigte wurden freigesprochen, 3 davon nach vorgängiger Ableistung eines Reinigungseides [1]).

275 Angeschuldigte wurden verurtheilt, und zwar:

409 Angeschuldigte.

a) 12 Angeschuldigte zusammen zu 26 Jahren 7 Monaten Zuchthaus;

b) 42 " " " 42 Jahren 10 Monaten 2 Wochen und 4 Tagen Arbeitshaus;

c) 214 " " " 10 Jahren 11 Monaten 4 Wochen Gefängniß;

d) 6 " " " einem Verweise;

e) 1 Angeschuldigter zu einer Geldbuße von 7 fl.

275 Verurtheilte.

18 der bei c. gedachten 214 Angeschuldigten wurde nachgelassen, statt der ihnen zuerkannten Gefängnißstrafen Geldbußen zu erlegen, welche in ihrem Gesammtbetrage 99 fl. 48 kr. ausmachen.

Die schwerste im Jahr 1854 ausgesprochene Strafe waren 5 Jahre Zuchthaus, einer Kindesmörderin zuerkannt.

Die längste Arbeitshausstrafe bestand in 2½ Jahren,
die längste Gefängnißstrafe in 5 Monaten und
die größte Geldbuße in 15 fl. rhein.

---

digter, eine Ehebrecherin, lehnte diesen Eid ab. Wie oben bemerkt, leisteten drei Angeschuldigte den Reinigungseid und wurden in Folge dessen freigesprochen. Vier Angeschuldigte, denen der Reinigungseid nur bezüglich der Qualification des Verbrechens auferlegt worden war, leisteten ihn zwar auch, wurden aber dann doch noch wegen des angeschuldigten Verbrechens, dessen geringere Qualification als erwiesen angenommen wurde, verurtheilt.

1) Eine dritte Instanz können nur diejenigen angehen, welche zu einer Zuchthaus- oder sonst entehrenden Strafe verurtheilt worden sind.

Druck und Verlag von Fr. Frommann in Jena.

Blätter für Rechtspflege
in Thüringen und Anhalt

unter Mitwirkung der Herren

Dr. G. Emminghaus, Dr. Heerwart, Dr. Heimbach,
Geh. Reg.-Rath in Weimar. Geh. Justizrath in Eisenach. OAGRath in Jena.

herausgegeben von

Reinhold Schmid,
Kreisgerichts-Assessor in Weimar.

Zweiter Band.

1855. Preis des Jahrgangs 2 Thlr. 20 fgr. Nro. 3.

Actenmäßige Darstellung civil- und criminalrechtlicher Entscheidungen.

Sind grundherrliche Rechte ausländischer Kirchen, Pfarreien und Schulstellen im Großherzogthum Weimar ablösbar?

Kurz vor Publication des Gesetzes vom 22. Octbr. 1853, nach welchem das Provocationsrecht der Verpflichteten auf Ablösung solcher grundherrlicher Rechte, welche Kirchen, Pfarreien und Schulstellen zustehen, bis auf weiteres aufgehoben wurde, provocirten drei Grundbesitzer zu S. auf Ablösung ihrer an die Pfarrei zu Z. zu entrichtenden Erbzinsen und Lehngelder.

Z. liegt im Königreich Preußen und die gedachte Pfarrei steht mit dem ziemlich weit davon entfernt liegenden S. durchaus in keinem parochialen Nexus ebensowenig als mit einem andren Orte des Großherzogthums.

Z. und S. gehörten ehemals zu dem Neustädter Kreise und gingen

mit diesem 1815 an das Königreich Preußen über. Bei der Erwerbung des Neustädter Kreises durch Weimar blieb Z. unter preußischer Hoheit, während S. an Weimar kam, ein Umstand, auf dem in zwei Instanzen Gewicht gelegt worden ist. —

Durch Rescript der General-Ablösungs-Commission zu Weimar vom 12. November desselben Jahres wurde das Verfahren eröffnet und eine Specialcommission zur Leitung der Verhandlungen ernannt.

Vor dieser erhob nun die provocirte Pfarrei Widerspruch gegen die Statthaftigkeit der Ablösung überhaupt, sich auf das Gesetz vom 22. October 1853 sowie darauf berufend, daß inzwischen auch in Preußen die Ablösungen gegen Kirchen rc. sistirt seien.

Die Specialcommission verwarf jedoch diesen Widerspruch und stützte ihre Entscheidung auf folgende Gründe:

„Das Gesetz vom 22. October 1853 spreche zwar ganz allgemein von Kirchen, Pfarreien und Schulen, ohne einen Unterschied zwischen in- und ausländischen Kirchen rc. zu betonen, allein man müsse bei der Anwendung dieses Gesetzes dessen Entstehungsgeschichte im Auge behalten.

Aus derselben ergebe sich aber, daß dieses Gesetz bloß um deßwillen — wie auch die Eingangsworte desselben andeuten — erlassen worden, weil der Staat anerkannte, daß die Dotirung der kirchlichen Stellen rc. für die durch die Kirche zu fördernden, auch auf das staatliche Leben in mannichfacher Weise zurückwirkenden höheren Zwecke nicht verringert werden dürfe, der Staat jedoch außer Stande war, für die durch die Ablösungen entstehenden Ausfälle in den Revenüen der Kirchen rc. letztere zu entschädigen und daher zur Sistirung dieser Ablösungen schreiten mußte.

Ministerial-Decret vom 25. August 1853. Schr.W. S. 287.

Hieraus folge aber, daß das Gesetz v. 22. Octbr. 1853 nur auf solche Kirchen rc. in Anwendung gebracht werden könne, bei denen von der Verringerung der Dotirung eine nachtheilige Wirkung für die durch diese Institute zu förndernden höheren Zwecke zu befürchten und bezüglich bei denen der Staat aus den obigen Rücksichten zu einer Entschädigung verpflichtet sei. Dagegen könne man ausländische mit dem Großherzogthum in keinerlei kirchlichem Nexus stehende Kirchen rc., die einen solchen Entschädigungsanspruch nicht hätten, unter das Gesetz nicht subsumiren.

Auch könne ein solches ausländisches Etablissement, wenn es im

Großherzogthum auftrete, nur die allgemeinen Rechte einer juristischen Person, keineswegs aber die ähnlichen inländischen Instituten gemachten besondren Vergünstigungen in Anspruch nehmen, wofür unter Andrem die Bekanntmachung v. 18. Juni 1852 eine Analogie enthalte.

Gegenüber der Pfarrei Z. habe der diesseitige Staat, da sie zu diesem in keiner Beziehung stehe, weder im Allgemeinen die Verpflichtung zu einer etwaigen Entschädigung, noch könne eine solche Verpflichtung aus den bei Z. im Verhältniß zu S. in Frage kommenden Staatsverträgen abgeleitet werden.

Aus der Wiener Congr.-Acte Art. 21. vergl. mit der Königlich Preuß.-Königlich Sächs. Convention v. 18. Mai 1815 und der Königl. Preuß.-Großherzogl. Sächs. Conv. v. 1. Mai 1826 lasse sich nämlich, selbst wenn man unter „redevances" die Lehnsberechtigung mit verstehen wolle, höchstens ableiten, daß in den ehemals Sächsischen jetzt Preußischen Landestheilen **Preußen** und in den ehemals Sächsischen jetzt Weimarischen Landestheilen **Weimar** die Verpflichtung habe, die Kirchen ꝛc. gegen etwaige in Folge eines Gesetzes entstehende Beeinträchtigungen ihres Vermögens zu sichern, bezüglich dafür zu entschädigen, keineswegs aber könne man darauf eine Verpflichtung des Großherzogthums zu Entschädigung **ehemals Sächsischer jetzt Preußischer Pfarreien** ꝛc. wegen Verringerung ihrer aus dem **Großherzogthum** bezogenen Revenüen gründen."

Gegen diesen Bescheid wurde von der provocirten Pfarrei appellirt, es erkannte jedoch die Großhzgl. General-Ablösungs-Commission wie folgt:

„Es ist der zeitig eingewendeten Appellation v. 15. v. M. ungeachtet der am $\frac{7}{8}$ eröffnete Bescheid, da nach dem **Art. XVI. der Königl. Preußisch-Königl. Sächs. Staats-Convention** v. 18. Mai 1815 (A. **Mirus**, Diplom. Archiv Th. I. Abth. 1. S. 578 fg.), welche nach dem **Königl. Preußisch-Großherzogl. Sächs. Staatsvertrage** v. 1. Mai 1826. Art. I. (Weimar. Reg. Bl. S. 9. flg.) verglichen mit der **Königl. Preußisch-Königl. Sächs. Convention** v. 28. Aug. 1819 (A. **Mirus** a. a. O. Th. I. Abth. 2. S. 943 folg.) Art. II. Nr. 17. hier maßgebend ist, Leistungen, wie die hier fraglichen, den Gesetzen unterliegen, welche über „**gleichartige**" im Staate, wo sie erhoben werden, gelten, nun aber die Special-Commission, daß noch heute im Großherzogthum Sachsen Reichnisse

an ausländische Pfarreien ablösbar sind, abgesehen von noch andern Gründen, in ihrem Bescheide richtig zeigt: auch weder das ganz besondere Keilaer Parochial-Verhältniß, noch der im Schreiben von 22. December v. J. Bl. 9. ziemlich unbestimmt erwähnte Inhalt eines Königl. Preußischen Gesetzes, welcher lediglich allenfalls zu einem Abschlusse eines neuen Königl. Preußisch-Großherzogl. Sächs. Staatsvertrags hinführen könnte, hierbei von Einfluß ist; — — zu bestätigen."

Auf eine abermalige Berufung der provocirten Pfarrei erkannte endlich Großherzogl. Staatsministerium Departement des Innern zu Weimar:

„In Erwägung, daß die dispositive Vorschrift des §. 1. des Gesetzes v. 22. Octbr. 1853 ganz allgemein für Kirchen, Pfarreien und Schulstellen erlassen ist, ohne zwischen einheimischen und auswärtigen zu unterscheiden, dieselbe daher nach ihrem Wortsinne alle Stiftungen der bezeichneten Art umfaßt, deren grundherrliche Rechte in Gemäßheit des Gesetzes vom 18. Mai 1848 der Ablösung unterworfen waren;

daß zwar die Schwierigkeit, den von der Ablösung betroffenen Weimarischen Kirchen, Pfarreien und Schulstellen eine angemessene Entschädigung aus der Staatskasse zu gewähren, die nächste Veranlassung des Gesetzes v. 22. October 1853 gewesen ist, aus diesem in der Einleitung des Gesetzes hervorgehobenen Umstande aber eben so wenig als aus den sonstigen der Erlassung desselben vorangegangenen Verhandlungen mit Gewißheit hervorgeht, es habe in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, die auswärtigen Pfarreien u. s. w. von den Bestimmungen des Gesetzes auszuschließen;

daß eine Beschränkung der allgemeinen Disposition des §. 1. a. a. O. auf Weimarische Kirchen, Pfarreien und Schulstellen nur dann gerechtfertigt sein würde, wenn die einer solchen Auslegung entsprechende Absicht des Gesetzgebers unzweifelhaft erkennbar vorläge, daß aber bei dem Mangel dieser Voraussetzung die Vorschrift des Gesetzes in dem vollen Umfange, welchen der unzweideutige Wortsinn ergiebt, anzuwenden ist, und hiervon abzuweichen weder die Eigenschaft der fraglichen Disposition als eines Ausnahmegesetzes noch der Hinblick auf den Rechtsparallelismus gestatten;

daß demnach der vorliegende Fall unter das Gesetz vom 22. October 1853 zu subsumiren, und da eine der im §. 2. a. a. O. erwähnten Aus-

nahmen nicht vorhanden, das eingeleitete Ablösungsverfahren bis weiter zu sistiren ist;

daß es endlich mit Rücksicht auf die im Vorstehenden angeführten allgemeinen Gründe einer näheren Erwägung nicht bedarf, welche Bedeutung die in den bisherigen Erkenntnissen angezogenen Staatsverträge, das Verständniß des in der Wiener Congreß=Acte Art. 21. und in der Königlich Preußisch=Königlich Sächs. Staatsconvention von 18. Mai 1815. Art. 16. gebrauchten Ausdrucks „redevances" und das besondere Keilaer Parochialverhältniß für die Entscheidung der vorliegenden Frage haben mögen, hiermittelst für Recht:

daß der angefochtene Bescheid der Großherzogl. General=Ablösungs=Commission v. 15. März d. J., wie hierdurch geschieht, wiederum aufzuheben, das eingeleitete Ablösungsverfahren bis weiter einzustellen und hinsichtlich der bereits entstandenen Kosten nach dem §. 3. des Gesetzes v. 22. October 1853 zu verfahren sei."

Demgemäß wurde das eingeleitete Verfahren sistirt und nach dem letztgedachten Erkenntniß scheint auch eine Ablösung derartiger Lasten gegen das Ausland selbst dann unstatthaft, wenn das Ausland die Gegenseitigkeit nicht beobachtet. Barthel.

Zur Frage über den Einfluß der Verträge auf Dritte.

Unter den Bedingungen eines Vertrages, durch welchen Johann Heinrich H. zu K. sein sämmtliches Grundbesitzthum an seinen Sohn Carl Friedrich H. daselbst abtrat, war auch die enthalten, daß der letztere sich verbindlich machte, die sämmtlichen Schulden des ersteren zur Vertretung und Bezahlung zu übernehmen. Gestützt auf diese Vertragsbestimmung klagte der Advocat N. N. gegen Carl Friedrich H. wegen einer Deservitenschuld, welche er ursprünglich gegen Johann Heinrich H. erworben zu haben behauptete. In dem erstinstanzlichen Bescheide des Großh. Justizamtes zu N. wurde diese Klage zugelassen, besonders aus folgenden Gründen: „Die Frage über die Wirkung der Verträge auf Dritte ist allerdings bestritten und es wird dem Dritten eine Klage aus einem von anderen Personen abgeschlossenen Vertrage, ohne daß der Dritte selbst in ein obligatorisches Verhältniß zu den Contrahenten getreten ist, bald versagt, bald zugesprochen. Die sächsische Praxis hat dem Dritten, sobald er nur den zu seinen Gunsten abge=

schlossenen Vertrag acceptirt hat, ehe die Paciscenten von demselben zurückgetreten sind, die Klage zugelassen.

cf. *Gottschalk*, discept. for. Tom. II. Cap. 5.

Emminghaus, Pandecten S. 539. folg.

Will man aber auch diese Praxis nicht gelten lassen, so läßt sich doch der gegenwärtige Fall, wie die meisten ähnlichen Fälle mit den Bestimmungen des römischen Rechts recht wohl vereinigen, indem durch die nachfolgende Genehmigung eines zum Vortheile eines Dritten ohne Stellvertretung geschlossenen Vertrags der ursprünglich Handelnde in einen Stellvertreter, in einen negotiorum gestor des Dritten verwandelt wird.

cf. Savigny, Obligationenrecht Bd. II. Seite 82.

Die Acceptation des Klägers liegt in der Klagerhebung." Auf eingelegte Appellation wurde vom Großh. Appellationsgerichte zu Eisenach der Amtsbescheid reformirt und die Klage angebrachtermaßen verworfen. Es heißt in den Entscheidungsgründen: „Kläger hat seine Gebührenforderung, die ihm gegen Johann Heinrich H..... nach seiner Behauptung zustand, gegen dessen Sohn den jetzigen Beklagten geltend gemacht, weil dieser beim Erwerb der väterlichen Grundstücke sich verbindlich gemacht, die sämmtlichen Schulden des Abtreters zur Vertretung und Bezahlung zu übernehmen. Nun hat der Beklagte diese Ansicht zwar Bl. 25. zugestanden, jedoch bestritten, daß dem Kläger aus dem zwischen Dritten, dem Beklagten und seinem Vater abgeschlossenen Vertrag ein klagbares Recht erwachsen sei, und dieser Ansicht muß das Appellationsgericht beipflichten. Wohl hat es zumal ältere Rechtslehrer gegeben, welche den nach römischen Recht unbestrittenen Grundsatz, daß in der Regel Niemand aus den Verträgen Dritter ein Recht erwerbe, durch deutsche Rechtsansichten für abgeändert halten. Allein die neueren Rechtslehrer und namentlich der Bl. 26. mit Unrecht für die entgegengesetzte Ansicht angeführte Savigny, haben die Ansicht fast durchgängig verlassen, und sie hat sich auch in der Praxis nicht gleichförmig erhalten, wie aus

Emminghaus, Pand. S. 539. nr. 1. 2. 3. 5. 6. 8. 10.

zu ersehen, am allerwenigsten kann einem solchen Vertrage jene Wirkung beigelegt werden, wenn, wie im vorliegenden Falle, nach dessen Worten nicht dem Dritten ein Klagrecht ausbedungen, sondern bloß eine Verbindlichkeit des einen Contrahenten gegen die andern festgesetzt wurde.

S. besonders nr. 6. u. 10. bei Emminghaus.

Daß in einem solchen Versprechen nicht eine Delegation liege, wie Kläger Bl. 29 b. meint, liegt am Tage, weil eine solche bekanntlich einen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem alten sowie dem neuen Schuldner voraussetzt ꝛc."

Münderloh.

Bericht über Entscheidungen des Gesammt-Oberappellationsgerichts zu Jena auf eingewendete Nichtigkeitsbeschwerden in Strafsachen.

(Fortsetzung des Aufsatzes in Nro. 1. 2. S. 11.)

XXXIV.

1) Zu Art. 306. Ziff. 5. der StPOrdnung über den Umfang „thatsächlicher Verhältnisse";

2) Zu Art. 246. des älteren und Art. 238. des neueren StGBuchs über Betrug in Vertragsverhältnissen.

(Erkenntniß vom 29. Nov. 1854 nach Weimar.)

Karoline Wilhelmine Schmidt geb. Ficker zu N. verpachtete ihre in der Flur von G. gelegenen Grundstücke im Jahr 1848 auf drei nach einander folgende Jahre an die beiden Einwohner Heinrich Gottfried Schröter und Bernhard Fischer daselbst. Diese Grundstücke waren einzeln auf einem Auszug aus dem Ortskataster verzeichnet, welches bei Vertheilung derselben in zwei Hälften unter beide genannte Pachter zu Grund gelegt wurde. Bernhard Fischer fertigte über beide Hälften der verpachteten Grundstücke zwei gesonderte Verzeichnisse, nach welchen diese Hälften unter beide Pachter verloost wurden, und händigte dem ꝛc. Schröter das über die ihm durch das Loos zugefallenen Pachtgrundstücke gefertigte Verzeichniß ein. Unter den auf jenem Kataster-Auszug verzeichneten Grundstücken befand sich auch eins, welches unter No. 3385. aufgeführt und bei der Verloosung auf die Hälfte des ꝛc. Schröter gekommen war, in der Wirklichkeit aber sich gar nicht im Besitz der Verpachterin befand, weil sie dasselbe früher schon an Marie Voigt gegen ein dieser gehöriges Grundstück No. 3409. zum Zwecke gegenseitig leichterer Benutzung bis auf Widerruf vertauscht hatte. Schröter, von diesem Tauschvertrag nichts wissend, suchte vergebens nach dem ihm zugeloosten Grundstück No. 3385. und hatte auch keinen Grund, darnach zu fragen, in wessen Benutzung sich das Grundstück No. 3409. befand,

glaubte vielmehr zuletzt, daß jenes Grundstück unter den Leeden sich befinde, und behauptet, als er sich bei dem Mitpachter Fischer wiederholt deßhalb erkundigt und über das Fehlen dieses Grundstücks sich beklagt habe, in dieser irrthümlichen Annahme, daß dasselbe eine Leede sei, von Fischer ausdrücklich bestärkt worden zu sein. Mit Ablauf des Jahres 1850 war Schröter aus diesem Pachtverhältniß aus- und an seine Stelle Joh. Heinrich Knöppel eingetreten, welcher in Gemeinschaft mit Fischer den früheren Pachtvertrag auf weitere drei Jahre verlängert und thatsächlich auch fortgesetzt hatte, wobei das von Fischer gefertigte und dem Schröter behändigte Verzeichniß der auf dessen Hälfte gekommenen Grundstücke wieder zu Grund gelegt worden war. Auch Knöppel hatte bei der Besitznahme dieser Grundstücke wieder nach dem Grundstück No. 3385. gesucht und, als er es nicht gefunden, bei Fischer Nachfrage gehalten, von demselben aber die Antwort bekommen, es müsse dasselbe eine Leede sein. Im Jahr 1852 endlich brachte Knöppel jenen Tausch der beiden Grundstücke No. 3385. und 3409. in Erfahrung und ermittelte ferner, daß sein Mitpachter Fischer das Grundstück No. 3409. seit 1848 benutzt habe, dasselbe keineswegs eine Leede sei. Er beanspruchte nunmehr von demselben nicht nur die Herausgabe dieses Grundstücks, sondern auch Entschädigung für die Vergangenheit, und diesem Verlangen hat Fischer auch nach einiger Weigerung Genüge geleistet.

Auf die von ꝛc. Knöppel der Staatsanwaltschaft von diesem Verhalten des ꝛc. Fischer gemachte Anzeige ist nach gepflogener Voruntersuchung derselbe wegen Betrugs in Anklagestand versetzt, nach vorausgegangener Hauptverhandlung von dem Kreisgericht zu W. des angeklagten Betrugs für schuldig erachtet und zu einer zweimonatlichen Arbeitshausstrafe ꝛc. verurtheilt worden. Gegen dieses Erkenntniß wendete der Angeklagte das Rechtsmittel der Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde ein, weil die ihm beigemessene That für ein Verbrechen gehalten worden, während sie keins sei, weil dieselbe durch eine unrichtige Gesetzesauslegung einem falschen Strafgesetz unterzogen worden sei und weil sie mindestens zum Theil nur als eine solche angesehen werden könne, deren Bestrafung nur auf Antrag eines Betheiligten erfolgen könne. Das Appellationsgericht zu E. hat jedoch das Kreisgerichtserkenntniß lediglich bestätigt und nach Ausweis der Entscheidungsgründe als thatsächlich feststehend angenommen, daß bei der im Jahr 1848 zwischen dem Angeklagten und Schröter vorgenommenen Theilung der gemeinschaftlich erpachteten Grundstücke das Grundstück No. 3385. auf

Schröter gefallen sei und der Angeklagte dieß auch wohl gewußt habe; ferner, daß dessen Angabe, dieses Grundstück sei auch in dem Verzeichniß der auf ihn gefallenen Grundstücke mit enthalten gewesen (welche Behauptung er in der Hauptverhandlung mit vorgebracht hatte), eine unwahre sei. Dadurch aber, daß er dem Schröter sowohl als später dem Knöppel vorgespiegelt habe, das Grundstück No. 3385. werde unter den Leeden liegen, während er den wahren Sachverhalt gekannt habe, habe er bei Schröter und Knöppel rechtswidrig einen Irrthum erregt, in der widerrechtlichen Absicht, das Grundstück No. 3409. für sich selbst zu benutzen und es seinem Mitpachter zu entziehen. Er habe dasselbe alsdann auch ohne allen Rechtsgrund benutzt und seinem Mitpachter einen Vermögensnachtheil dadurch zugezogen. — Der von dem Beklagten sonach begangene Betrug könne auch nicht als ein nach Art. 238. des StGBuches nur auf Antrag des Betrogenen zu bestrafender Betrug bei Eingehung eines Vertrags aufgefaßt werden. Ebensowenig könne behauptet werden, daß der im ersten Absatz des Art. 238. gedachte Fall der Straflosigkeit hier vorliege, nämlich der der eigenen Unvorsichtigkeit des Betrogenen. Denn wenn auch Schröter und Knöppel den wahren Sachverhalt leicht hätten erfahren können, so handle es sich doch nicht um Benutzung eines Irrthums, rücksichtlich dessen der Angeklagte sich nur unthätig verhalten habe, da er vielmehr selbst den Irrthum veranlaßt habe.

Auf die gegen diese Entscheidung mit Wiederholung der früheren Beschwerden eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde ist durch OAGerichtserkenntniß vom 29. November 1854 dieselbe theils als unstatthaft theils als unbegründet verworfen worden, aus folgenden Gründen:

1) „Der Vertheidiger suche auszuführen, daß kein Betrug vorliege, weil Schröter und Knöppel weder aus dem Pachtvertrag noch aus der Vertheilung der Pachtgrundstücke ein Recht auf die Benutzung des Grundstücks No. 3409. gehabt hätten, und weil der Angeklagte sich selbst im Irrthum befunden habe. Er behaupte ferner, daß die Handlung des Angeklagten nur als eine widerrechtliche Benutzung einer fremden Sache angesehen werden könne, und schließe weiter, daß demnach die Handlung mit Unrecht für ein Verbrechen gehalten worden, während sie keins sei, oder doch mit Unrecht unter die Strafbestimmung des Art. 236. des StGBuchs gezogen worden sei, da doch nur die Strafbestimmung des Art. 280. des StGBuchs hätte in Anwendung gebracht werden dürfen. Alle diese Behauptungen und Ausführungen beträfen

aber nicht eine unrichtige Auslegung des Strafgesetzes oder dessen Existenz und Gültigkeit an sich, sondern nur eine angeblich unrichtige Beurtheilung der thatsächlichen Verhältnisse, denn zu diesen Verhältnissen wären auch die nach den Bestimmungen der Civilgesetze zu beurtheilenden civilrechtlichen Befugnisse und Verpflichtungen, im vorliegenden Fall die Wirkungen der abgeschlossenen Pacht- und Theilungs-Verträge auf das Recht zu Benutzung des in Frage gekommenen Grundstücks zu rechnen. Eben dahin gehöre auch die Frage, ob der nach dem Strafgesetz erforderliche Gegenstand des Verbrechens vorhanden sei oder nicht. Wegen unrichtiger Beurtheilung thatsächlicher Verhältnisse finde aber nach Ziff. 5. des Art. 506. der StPOrdnung eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht Statt."

2) „Stehe somit durch die Annahme der Erkenntnisse beider vorigen Instanzen thatsächlich fest, daß die Handlung des Angeklagten sich als Betrug qualificire, so erledige sich dadurch auch die Ausführung des Vertheidigers, daß bei der widerrechtlichen Benutzung einer fremden Sache nach Art. 280. des StGBuchs ein Strafantrag des Beschädigten zur Bestrafung vorausgesetzt werde, daß abet ein solcher Antrag weder von der Schmidt noch von der Voigt gestellt worden sei."

3) „Wenn das Erkenntniß voriger Instanz ausdrücklich angenommen habe, der Angeklagte habe den Irrthum Schröters und Knöppels nicht bloß benutzt und sich übrigens unthätig verhalten, sondern er habe den Irrthum selbst veranlaßt, so sei auch diese Annahme, weil es sich dabei nur um eine thatsächliche Feststellung handle, der weiteren Prüfung in der jetzigen Instanz entzogen. Behaupte der Angeklagte dagegen, er habe den Irrthum nicht veranlaßt, sondern bloß benutzt, so handle es sich dabei auf keine Weise um eine unrichtige Gesetzesauslegung, sondern nur um eine angeblich unrichtige Beurtheilung thatsächlicher Verhältnisse, welche kein Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde sei. Eben dieß gelte rücksichtlich der Behauptung, daß die in der gegenwärtigen Sache Benachtheiligten den Nachtheil ihrer eigenen Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit zuzuschreiben hätten."

4) „Insofern der Vertheidiger behaupte, es sei für die in den Jahren 1848 und 1849 vorgenommenen widerrechtlichen Handlungen des Angeklagten nicht das StGBuch von 1850, sondern das von 1839 in Anwendung zu bringen gewesen, und sei das StGBuch von 1839 in so weit milder, als es nicht bloß bei einem Betrug bei Eingehung von Verträgen, sondern überhaupt bei jedem Betrug in Vertragsverhält-

nissen die Bestrafung von einem Antrag des Betrogenen abhängig mache, handle es sich allerdings um wirkliche Rechtsfragen, nicht um bloß thatsächliche Beurtheilungen; allein in dieser Beziehung sei die Nichtigkeitsbeschwerde unbegründet, weil die Bestimmung des älteren StGBuchs nicht anders auszulegen sei und zu keinem anderen Resultat führe, als die betreffende Bestimmung im neueren StGBuch von 1850. Allerdings rede das ältere StGBuch im Schlußsatze des Art. 246. nicht ausdrücklich bloß von Betrug bei Eingehung von Verträgen, sondern nur von Betrug bei Vertragsverhältnissen; allein nach richtiger Auslegung könne dieß nicht in dieser Allgemeinheit gemeint sein, indem außerdem fast gar kein von Amtswegen zu bestrafender Betrug mehr gedacht werden könnte; es erhalte vielmehr der allgemeinere Ausdruck des Schlußsatzes des Art. 246. des StGBuchs von 1839 seine bestimmtere Bedeutung und Begrenzung durch die Beziehung auf die zwei unmittelbar vorhergehenden Nummern desselben Artikels, und sei dort unter Betrug in Vertragsverhältnissen bei zweiseitigen Verträgen eine Benachtheiligung durch Täuschung über wesentliche Gegenstände des einzugehenden Vertrags, bei einseitigen Verträgen eine Verleitung zu Eingehung des Vertrags mittelst Täuschung überhaupt zu verstehen, auf keinen Fall aber sei der Schlußsatz auf Benutzung bestehender Vertragsverhältnisse zu Verübung eines Betrugs zu beziehen, wie dieß auch früher schon angenommen worden sei. (Weiß, CGBuch für das Königreich Sachsen zu Art. 246. Held u. Siebdrath, CGBuch für Sachsen S. 341 ff. Busch, die neuern Crim.-Gesetzbücher für Sachsen S. 308 f.) Das neue StGBuch von 1850 habe mithin bezüglich dieser Bestimmung nichts ändern, sondern bloß eine bestimmtere Fassung wählen und Mißverständnisse abschneiden wollen. Da nun durch die Annahme des Erkenntnisses voriger Instanz thatsächlich feststehe, daß der vorliegende Betrug nicht als ein Betrug bei Eingehung eines Vertrags aufgefaßt werden könne, sondern daß der Irrthum erst nach Abschluß der Pacht- und Theilungsverträge veranlaßt worden sei, so führe auch die Bestimmung im Schlußsatze des Art. 246. des StGBuchs von 1839 zu keinem anderen Resultat als die Bestimmung im Schlußsatz des Art. 238. des StGBuchs von 1850."

Dr. Hotzel,
OAGerichts-Rath.

Erörterungen und Aufsätze über practische Rechtsmaterien.

Über den Stand der Preßgesetzgebung und des Verfahrens in Preßsachen im Großherzogthume.

Vom Herrn Bürgermeister Fr. Börner zu Jena.

Seit den ältesten Zeiten bis zum Jahre 1848 hat die Preßgesetzgebung im Großherzogthume mehre Phasen durchgemacht und eine Reihe von gesetzlichen Bestimmungen ins Leben gerufen, welche je nach der Richtung des Regierungssystems die verschiedenartigsten legislativen Anschauungen repräsentiren.

Schon die Polizei- und Landesordnungen von 1556 und 1589 haben Strafverordnungen

1) gegen die „Schmehe, Schand, Gedichte und Gemelde",
   c. XXII. d. L.O. v. 1556 u. c. XVII. d. L.O. v. 1589.
2) gegen „Schendliche schmeheschriften zu ertichten, anzuschlagen oder andern zu offenbaren"
   c. XXI. d. L.O. v. 1556 und c. XXVI. d. L.O. v. 1589.

endlich

3) gegen „das Schelten und injuriren hoher befreiter Personen, die im Regiment seien"
   ebendaselbst d. L.O. v. 1556 u. 1589,

erlassen und die beiden letztern Fälle den Ober- und Halsgerichten zur peinlichen Aburtheilung zugewiesen. Hieran unmittelbar anschließend hat nicht nur ein höchstes Landesherrliches Rescript vom 10. Februar 1818 diese letztere Gesetzstelle authentisch dahin interpretirt, daß hierunter auch die Injurien gegen auswärtige Staatsoberhäupter und Regierungen begriffen seien, sondern es ist diese Bestimmung nebst dem Inhalte des ebengenannten Rescriptes auch wieder in die Verordnung gegen Preßmißbräuche vom 6. April 1818 aufgenommen worden.

Als Präventivmaßregel gegen Preßvergehen durch Druckschriften aller Art wurde bis zum Jahre 1815 die Censur angewendet. Die Aufhebung der Censur, mit Ausnahme der für die Wochenblätter und Almanache, erfolgte durch die Bestimmung unter Ziffer 3. im §. 38.

Art. III. der Verordnung vom 15. December 1815, die Organisation der Landescollegien betreffend, wo es heißt:

„Zur Competenz der Landesdirection gehören folgende Gegenstände: — — 3. die Censur der Wochenblätter und Almanache, indem andere Schriften keiner Censur unterworfen sind."

Diese gesetzliche Vorschrift wurde durch eine Verordnung Großherzogl. Landesdirection vom 19. März 1816. No. 26. S. 121 des Wochenblattes, näher dahin bestimmt und erläutert:

„Daß künftig der Verfasser und Drucker der in hiesigen Landen gedruckten Schriften, wovon wenigstens letzterer sich auf dem Titel zu nennen hat, für deren Inhalt allein verantwortlich bleiben sollen."

Ausdrücklich anerkannt und verfassungsmäßig garantirt wurde endlich das Recht auf Freiheit der Presse durch die hierüber im §. 129. des Grundgesetzes über die landständische Verfassung vom 5. Mai 1816 gegebene Anerkennung. Damit war auch die für die Zeitblätter und Almanache bisher noch bestandene Censur beseitigt und eine vollständige, von Concessionen und Privilegien unabhängige Preßfreiheit hergestellt. Wenn auch in der Verfassungsurkunde nicht angedeutet, war es doch ein Regierungs= wie ständischer Seits hierbei vorbehaltener Gedanke, daß ein besonderes Gesetz das Nähere über den Gebrauch der Preßfreiheit reguliren sollte.

Unterthänigster Vortrag des getreuen Landtags=Vorstandes die Freiheit der Presse betr., v. 1. Febr. 1818. S. 18 d. Reg.Bl. v. 1818

und

Großherzogl. Ministerialdecret an den Landtags=Vorstand hierauf, v. 6. Febr. 1818. S. 20 das.

Zur Publication eines solchen Landesgesetzes, wie man es in diesem Schriftenwechsel im Sinne hatte, kam es indessen ebensowenig als die damals noch gehegte Hoffnung auf ein allgemeines Bundesgesetz über die Preßfreiheit in Erfüllung ging. Vielmehr erschien zunächst unter dem 3. Mai 1817 eine Verordnung der I. Section der Großherzogl. Landesdirection zu Weimar

Bl. 47 d. Reg.Bl. v. 1817.

und dann eine anderweite Verordnung Großherzogl. Landesregierung zu Weimar gegen Preß=Mißbräuche vom 6. April 1818. No. 7. S. 29 bis 32 d. Reg.Bl. v. 1818, welche letztere durch die verfassungsmäßige Zustimmung des Landtags in dessen unterthänigster Erklärungsschrift

d. d. Schloß Dornburg vom 2. Februar 1819. S. 371 der sogenannten Dornburger Landtagsverhandlungen und Großherzogl. Patent vom 18. Mai 1819 zu einem allgemeinen Landesgesetz erhoben wurde.

Hieran anschließend regelt die Verordnung oder vielmehr das Gesetz vom 6. April 1818 vorzugsweise das bei Untersuchungen und Denunciationen wegen, durch die Presse verübter Rechtsverletzungen einzuhaltende Verfahren und die Grenzen der hierbei concurrirenden Polizei- und Justizbehörden.

Da der Inhalt dieser Verordnung später noch Gegenstand einer weitern Erörterung sein muß, so mag hier nur als geschichtliche Notiz bemerkt werden, daß von dem Großherzogl. Staatsministerium sowohl wie von dem Landtage

Höchstes Decret vom 28. November 1818 und
Unterthänigste Erklärungsschrift vom 2. Februar 1819.
Seite 371 der Dornburger Landtagsverhandlungen

das Publicandum vom 6. April 1818 nur als eine einstweilige und nothdürftige Abhülfe für das Bedürfniß einer eigenen Gesetzgebung über den Gebrauch und Mißbrauch der Presse übereinstimmend angesehen wurde, da man nach dem bei dem Bundestage gehaltenen Vortrage des Bundestagsgesandten von Berg über die Preßfreiheit

Bundestagsprotocoll Bd VI. S. 293 ꝛc.

wovon besonders ein Exemplar dem Landtage mitgetheilt wurde, glaubte mit Zuversicht einer baldigen befriedigenden Lösung dieser Frage durch ein allgemeines deutsches Preßfreiheitsgesetz entgegen sehen zu dürfen.

Wenn wir den, die Bestimmungen der Landesordnungen von 1556 und 1589, der Verordnungen vom 15. December 1815 und 19. März 1816 und die hierher noch zu ziehenden Vorschriften in §. 5. der Auctionsordnung vom 19. Februar 1759 und der Auctionsordnung für die Gesammt-Academie Jena d. a. 1734 und eine Reihe anderer Vorschriften für die academische Censur, welche nachzusehen in Schmidt's Gesetzsammlung Bd. II. S. 221, umfassenden Zeitraum als die erste Periode unserer Preßgesetzgebung bezeichnen wollen, deren characteristisches Merkmal Anfangs unbeschränkte Censur, dann volle Preßfreiheit mit Beschränkung der Censur auf die Zeitblätter und Almanache ist, so schließt die zweite Periode mit der Verordnung vom 6. April 1818. Dieselbe umfaßt außer dieser Verordnung und dem dazu gehörigen Patent vom 18. Mai 1819 die Bestimmung des §. 129 des Grundgesetzes vom 5. Mai 1816, die Verordnung vom 3. Mai 1817 und die für die da-

malige Auffassung des Rechtszustandes der Presse höchst wichtigen ständischen Schriften, den Vortrag des Landesvorstandes vom 1. Februar 1818 und das Großherzogl. Ministerialdecret vom 6. Februar 1818. Das Characteristische dieser Periode ist volle Preßfreiheit jedoch mit, nach Zurücknahme der Censurgesetze, bleibender Verantwortlichkeit der Schriftsteller, Verleger und Drucker für den Inhalt der von ihnen verfaßten, verlegten und gedruckten Schriften. Unbeantwortet ist dabei die Frage geblieben, wornach die Verantwortlichkeit bemessen werden soll. Doch muß man nach den zur Erläuterung der Gesetze und Verordnungen dienenden ständischen Schriften annehmen, daß nur die Verletzung eines Strafgesetzes mittelst des Preßerzeugnisses eine Verantwortlichkeit habe nach sich ziehen sollen.

Die dritte Periode umfaßt die mittelst Patents vom 30. October 1819 publicirten Beschlüsse des Bundestages vom 20. September 1819, namentlich den Beschluß wegen eines Preßgesetzes, die Bekanntmachung Großherzogl. Landesregierung zu Weimar vom 6. November 1819, die allerhöchste Verordnung über das provisorische Preßgesetz betreffend, ferner die, die Gültigkeit des Bundesbeschlusses wegen eines Preßgesetzes vom 20. September 1819 bis zum Erlasse eines definitiven Bundespreßgesetzes erstreckende Bekanntmachung Großherzogl. Regierung zu Weimar vom 15. October 1824; das Höchste Rescript an die Landesregierung zu Weimar vom 21. April 1832, Preßmißbräuche betreffend, den Art. 59. der Wiener Schlußacte vom 15. Mai 1820 und die hierauf bezüglichen, mittelst Patents vom 11/14. Juli 1832 publicirten Bundesbeschlüsse vom 28. Juni 1832; die mittelst Höchsten Patents vom 19/27. Juli 1832 publicirten Bundesbeschlüsse vom 5. Juli 1832; die wiederholte Einschärfung dieser Beschlüsse, soweit sie außerhalb der Bundesstaaten in deutscher Sprache erscheinende Zeitschriften oder über zwanzig Bogen betragende Druckschriften politischen Inhalts betreffen, durch Bekanntmachung der Landesdirection vom 11. April 1844, und die Bekanntmachung Großherzogl. Regierung zu Weimar vom 7. Januar 1833, die nach Maßgabe eines Bundesbeschlusses vom 29. November 1832 auch auf lithographirte Schriften zu erstreckende Anwendung des provisorischen Bundespreßgesetzes betreffend.

Die ganze Periode wird ausschließlich von der Bundesgesetzgebung beherrscht. Zwar wurde hinsichtlich aller und jeder Gedankenmittheilung durch die Presse, welche die Verfassung, die Verwaltung und die sonstigen Angelegenheiten des Großherzogthums in dem Innern betraf,

die fortwährende Gültigkeit des Gesetzes vom 6. April 1818 in Ziffer 6. der Bekanntmachung vom 6. November 1819 vorbehalten und ebenso sollte es bei dem Inhalte jenes Gesetzes hinsichtlich aller, nicht in Form täglicher Blätter oder heftweise oder in dem Umfange unter zwanzig Bogen erscheinender Druckschriften bewenden, unter der Voraussetzung, daß gemäß den Bundesvorschriften auf allen Druckschriften der Verleger und, auf den der Classe der Zeitungen und Zeitschriften angehörigen, auch der Redacteur genannt würde, allein durch eine in dem oben angeführten Höchsten Rescripte vom 21. April 1832 gegebene authentische Interpretation wurden diese Vorbehalte aufgehoben und auch die Schriften über innre Angelegenheiten des Großherzogthumes nach Maßgabe der Bundesvorschriften zu behandeln befohlen. Zur Herbeiführung dieser strengen Anordnungen mochten wohl im Großherzogthume, neben der Nothwendigkeit der Befolgung der Bundesbeschlüsse, mit die Verhandlungen über die Beschlagnahme der im Jahre 1832 bei Schreiber in Jena erschienenen Schrift „der Weimarische Landtag von 1832" (von Hase und Herzog) Veranlassung gegeben haben.

Siehe in dieser Schrift: Abhandlung XI. der dermalige Zustand der Presse im Großherzogthume Weimar=Eisenach S. 238—299.

Die Preßgesetzgebung dieser Periode ist darauf gerichtet, die in dem deutschen Bunde allgemein und wechselseitig gewährleistete moralische und politische Unverletzbarkeit der Gesammtheit und aller Mitglieder des Bundes nicht auf einzelnen Puncten durch die Presse gefährden zu lassen. Es wird zu diesem Zwecke für alle in Form täglicher Blätter oder heftweise erscheinenden Schriften, ingleichen solche, die nicht über zwanzig Bogen im Drucke stark sind, die Censur wieder eingeführt und überhaupt neben den als unzureichend erachteten nur auf gerichtliche Verfolgung und Bestrafung der im Wege des Drucks bereits verwirklichten Mißbräuche und Vergehungen gerichteten Gesetzen vorbeugende Maßregeln gegen den Mißbrauch der Presse angeordnet und die Verfolgung gegen Verfasser, Redacteure, Drucker und Verbreiter der Schriften gerichtet.

Die neuste, gegenwärtige Phase der Preßgesetzgebung im Großherzogthume beginnt mit dem nach Aufhebung der sogenannten Bundesausnahmegesetze durch Bundesbeschluß vom 2. April 1848 erlassenen Großherzogl. Patente, die Wiederherstellung der Preßfreiheit im Großherzogthume Sachsen=Weimar=Eisenach betreffend, vom 8. März 1848.

Durch dasselbe wird die Preßfreiheit, wie sie bis zur Erlassung des Patentes vom 30. October 1819, also in der zweiten Periode, im Großherzogthume bestanden hat, wiederhergestellt. Die Vorschriften wegen der Preßmißbräuche, wie sie in der Verordnung vom 6. April 1818 ertheilt und durch das Patent vom 18. Mai 1819 bestätigt worden sind, treten wieder in Kraft, Vergehen gegen jene Vorschriften werden nach Maßgabe des Strafgesetzbuchs bestraft. Weitere gesetzliche Bestimmungen zur Verhinderung von Preßmißbräuchen werden vorbehalten. An die Stelle des in dem Patente genannten Strafgesetzbuches vom 5. April 1839 ist nach Maßgabe der Bestimmung in Ziffer 5. Art. 2. des Einführungspatentes zu dem Strafgesetzbuche vom 20. März 1850 dieses Strafgesetzbuch, an die Stelle des provisorischen Gesetzes über die Einrichtung des Strafverfahrens bei politischen Vergehen und bei Preßvergehen vom 6. October 1848 die Strafproceßordnung vom 20. März 1850 getreten. Die hierbei in Frage kommenden behördlichen Ressorts anbelangend, so sind in Folge des Gesetzes vom 5. März 1850 über die Neugestaltung der Staatsbehörden und die Einführung der Strafproceßordnung vom 20. März 1850 an die Stelle der Landesdirection das Departement des Innern des Großherzogl. Staatsministerii und die Bezirksdirection getreten, jenes da, wo es sich um die Fälle unter VII. und XII. der Verordnung vom 6. April 1848 und überhaupt solche Fälle handelt, die ihrer Beschaffenheit nach eine nur von der Central-Polizeibehörde zu erlassende Verfügung erfordern,

§. 20. des Gesetzes vom 5. März 1850.

Art. 20. der Ausführungsverordnung dazu vom 22. Mai 1850,
diese, wo es sich um die Fälle unter XI. und XII. der Verordnung vom 6. April 1818 handelt.

Art. 20. der Ausführungsverordnung vom 22. Mai 1850.

Die Functionen des Fiscals sind auf die Staatsanwaltschaft, die der Landesregierung zu Weimar und der Criminalgerichte auf die Kreisgerichte, die Anklagekammer und den Schwurgerichtshof in der Weise übergegangen, daß erstere die Voruntersuchungen zu führen haben, die Anklagekammer über Recurse gegen Verfügungen dieser und über Verweisung der Anklage an das Schwurgericht[1]), dieses selbst aber ausschließlich über das begangene Verbrechen rechtlich zu entscheiden hat.

---

1) Der Aufsatz ist vor Publication der revidirten Strafproceßordnung geschrieben. Mit diesem Zeitpunct ist eine wesentliche Änderung in der bisherigen Zustän-

Art. 2. Ziffer 2., Art. 10. und Art. 15. der Strafproceßordnung vom 20. März 1850.

Durch die Presse zugefügte Rechtsverletzungen, welche nur auf Antrag der Betheiligten untersucht und bestraft werden sollen, wie Injurien gegen Privatleute, gehören zur Competenz der Einzelgerichte.

Die gegenwärtige Preßgesetzgebung characterisirt sich durch die unbedingte Herrschaft des Rechtes in ihr und räumt der mit Strafbefugnissen überhaupt nicht versehenen Polizeigewalt die Macht zum Einschreiten in Preßsachen ohne Concurrenz der Untersuchungsbehörden mit Ausnahme eines einzigen nachher näher zu behandelnden Falles nur so weit ein, als ein solches zur Ermöglichung der Rechtsverfolgung vor den Gerichten nothwendig ist.

In Bezug aber auf die Frage, was hinsichtlich der Presse und die durch dieselbe begangenen Verbrechen und Vergehen überhaupt gegenwärtig Rechtens sei, ist das materielle Strafrecht und das bei Verfolgung von Preßvergehen einzuhaltende Verfahren und hierbei wieder die Competenz der Polizeibehörden und die der Justizbehörden zu unterscheiden. Für ersteres soll nach Vorschrift des Patentes vom 8. März 1848 das damals noch geltende Strafgesetzbuch vom 5. April 1839 maßgebend sein. An die Stelle dieses Strafgesetzbuches ist das vom 20. März 1850 getreten. Daß dieses nunmehr auch für Preßvergehen in Anwendung zu bringen ist, kann nach der Bestimmung unter Ziffer 5. des Gesetzes die Einführung eines Strafgesetzbuches und einer Strafproceßordnung betr. nicht zweifelhaft sein.

Es sollen nämlich hiernach die bestehenden Strafbestimmungen, welche der Polizei der Presse angehören, insoweit solche mit dem Strafgesetzbuche und der Strafproceßordnung nicht in Widerspruch stehen, neben diesen beiden Gesetzen in Kraft bleiben. Demnach bleibt also auch das Patent vom 8. März 1848 und die darin enthaltene Vorschrift, daß Preßvergehen nach dem Strafgesetzbuche bestraft werden sollen, in Kraft. Daß nun dabei statt des durch Art. 1. des Gesetzes vom 20. März 1850 außer Kraft gesetzten Strafgesetzbuches vom 5. April 1839 das Strafgesetzbuch vom 20. März 1850 zur Anwendung zu bringen sei, folgt eben so sehr daraus, daß die Bestimmung der Bestrafung der Preßvergehen nach dem Strafgesetzbuche gegenüber der speciellen

---

digkeit der Schwurgerichte in Beziehung auf Aburtheilung von Preßvergehungen eingetreten. Die Red.

Bezeichnung des gerade damals gültigen Strafgesetzbuches vom 5. April 1839 als eine grundsätzliche, durch den Wechsel des Gesetzes, auf welches sie sich bezieht, nicht alterirte angesehen werden muß, als daß das, an die Stelle jenes getretene, neue Gesetz nur das Resultat der durch Erfahrung und Wissenschaft weiter entwickelten Strafgesetzgebung, nicht ein dem Geiste und Inhalte nach etwa ganz von dem frühern abweichendes Werk ist; als ferner daraus, daß die an das neue Strafgesetzbuch anschließende Strafproceßordnung in Art. 2. Ziffer 2. die Preßvergehen, welche von der Staatsanwaltschaft von Amtswegen verfolgt werden, unter den Verbrechen aufführt, der Verfolgung nach der Strafproceßordnung aber nur solche Verbrechen unterstellt sind, die eine Stelle in dem Strafgesetzbuche gefunden haben, hieraus also mit Sicherheit auf die Absicht des Gesetzgebers, die von Amtswegen zu verfolgenden Preßvergehen nach dem Strafgesetzbuche vom 20. März 1850 beurtheilt wissen zu wollen, geschlossen werden kann.

Neben dem Strafgesetzbuche kommen aber ferner diejenigen materiellen Strafbestimmungen bei Preßvergehen zur Anwendung, welche in den ältern hierüber ergangenen, durch das Patent vom 8. März 1848 wieder in Kraft gesetzten und durch die Vorschriften unter Ziffer 5. des Gesetzes vom 20. März 1850 für ferner gültig erklärten Verordnungen enthalten sind. Nämlich diejenigen Bestimmungen der Verordnung vom 6. April 1818, nach welchen Verfasser, Herausgeber, Verleger und Drucker einer gleichmäßigen, nach den in dem Strafgesetzbuche über gleiche Theilnahme aufgestellten strafrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilenden Haftpflicht für ein durch die Presse begangenes Verbrechen unterliegen.

Einleitung und Ziffer VI. und IX. der Verordnung vom 6. April 1818. Art. 31 ꝛc. des Strafgesetzbuchs.

Für diese Ausdehnung der Haftpflicht muß jedoch in den Fällen durch Schrift, Druck oder bildliche Darstellung veröffentlichter, namenloser Verläumdungen oder Beleidigungen, eine allein auf den Urheber, oder den an dessen Stelle als solchen sich nennenden Andern, oder den verantwortlichen Redacteur, wenn der Urheber oder der Andere im Inlande nicht vor Gericht gestellt werden können, nach Art. 191. des Strafgesetzbuchs festgestellte Beschränkung angenommen werden.

Ob übrigens auch gegen den Verbreiter einer verbrecherischen Schrift, also z. B. gegen den Sortimentsbuchhändler, welcher dieselbe verkauft, den Herumträger von Zeitungsblättern, Colporteure oder

Leute, welche sich zum Anschlagen verbrecherischer Placate gebrauchen lassen, mit der Strafe der gleichen Theilnahme vorzuschreiten sei, hängt jedenfalls ab von dem zu erbringenden Beweise, daß sich eine solche Person bewußt und in verbrecherischer Absicht der Theilnahme der Handlung der Verbreitung schuldig gemacht habe, da die Gesetze die Verbreiter nicht unter den, bei einem begangenen Preßvergehen ohne weiteres strafrechtlich haftpflichtigen Theilnehmern nennen.

Es bleibt noch die Frage zu erörtern übrig, ob ein weiteres Strafrecht für Preßvergehen durch polizeiliche Verordnungen materiell begründet werden könne.

Das Gesetz über das Strafandrohungsrecht der Polizeibehörden vom 7. Januar 1854 räumt diesen die Befugniß ein:

„wenn dringende Gründe des öffentlichen Wohles oder Abwendung „von Gefahren für das Leben, die Gesundheit oder das Vermögen „es erheischen, insofern dadurch bestehende Landesgesetze nicht verletzt werden, Gebote und Verbote mit Strafandrohung (innerhalb „ihrer verfassungsmäßigen Zuständigkeit) zu erlassen,“

auch

„der Strafe die Androhung der Confiscation, Vernichtung oder „Entfernung verbotswidriger oder gefährlicher Dinge, namentlich „Waaren, Anlagen und Einrichtungen, zu substituiren oder hinzuzufügen.“

Diese Frage muß verneint werden. Denn ein polizeiliches Verbot in Bezug auf ein Preßerzeugniß kann sich entweder nur auf ein bereits veröffentlichtes oder erst in Aussicht stehendes Werk der Presse beziehen.

Involvirt ein bereits erschienenes Werk der Presse ein Verbrechen oder eine Ehrenkränkung, so ist es lediglich nach dem Strafgesetzbuche, wie das Patent vom 8. März 1848 vorschreibt, zu bestrafen. Wollte aber die Polizei durch Strafandrohung gegen ein erst zu erwartendes, wenn auch voraussichtlich das öffentliche Wohl dringend gefährdendes Preßerzeugniß einschreiten, so würde ein solcher Schritt eine mit der verfassungsmäßig bestehenden Preßfreiheit unvereinbare Maßregel enthalten; in beiden Fällen also die Polizeibehörden sich nicht in ihrer verfassungsmäßigen Zuständigkeit befinden.

Es ist demnach materiell das Strafrecht rücksichtlich der Preßvergehen auf das Gesetz vom 6. April 1818 und den Inhalt des Strafgesetzbuchs vom 20. März 1850 beschränkt.

Diese Ausschließlichkeit der Anwendung des Strafgesetzbuchs auf die Preßvergehen und der Competenz der Gerichte für die Aburtheilung des Schuldigen und Confiscation der incriminirten Schriften, leidet jedoch die einzige bereits oben berührte Ausnahme in der Vorschrift unter Ziffer XIII. der Verordnung vom 6. April 1818, zusammengehalten mit der Verordnung vom 3. Mai 1817. Hiernach soll nämlich, sonst die Großherzogl. Landesdirection, jetzt also das Departement des Innern des Großherzogl. Staatsministerii als Centralpolizeibehörde, dann eine Zeitschrift ohne Concurrenz eines richterlichen Ausspruches darüber provisorisch gänzlich unterdrücken dürfen, wenn die ganze Tendenz des Zeitblattes sich also entschieden gefährlich darlegt, daß von jedem neuen Stücke sich weitere Gesetzwidrigkeiten oder Gefährdung des Gemeinwohles durch Störung der öffentlichen und völkerrechtlichen Verhältnisse mit Grund befürchten lassen und so das ganze Zeitblatt, im Gegensatz sonst nur nach Rechtsspruch zu unterdrückender einzelner Nummern oder Hefte, als ein fortlaufendes, eine gefährliche Tendenz verfolgendes Ganze zu betrachten ist.

Einer solchen gänzlichen Unterdrückung soll aber nach Vorschrift der Verordnung vom 3. Mai 1817 eine öffentliche Verwarnung an den Herausgeber oder Redacteur der Zeitschrift durch die obere Polizeibehörde vorausgehen.

Die fernere Vorschrift dieser Verordnung unter Ziffer 2. derselben, nach welcher überdieß noch eine vorgängige Beschwerde Seitens der verletzten Regenten oder Regierungen für das polizeiliche Vorschreiten erforderlich sein soll, muß als durch die Bestimmungen in Art. 98. u. 99. des Strafgesetzbuches derogirt und bezügig modificirt erachtet werden.

Neben der polizeilichen Unterdrückung solcher gefährlich-tendenziöser Zeitschriften bleibt übrigens das, was nach Vorschrift des Rechtes weiter etwa gegen Verfasser, Herausgeber, Verleger oder Drucker vorzunehmen ist, also die gerichtliche Untersuchung und Bestrafung eines dabei wirklich begangenen Verbrechens, nach ausdrücklicher Bestimmung der angezogenen Verordnung, den zuständigen Gerichten vorbehalten.

Hierbei ist der in dem Satze XIII. der Verordnung vom 6. April 1818 gebrauchte Ausdruck „provisorisch zu unterdrücken" dahin zu erläutern, daß „provisorisch" hier nicht, wie im Satz XI. und XII., den Gegensatz der sonst durch gerichtliches Erkenntniß auszusprechenden definitiven Beschlagnahme, sondern lediglich eine

unbestimmte Zeitdauer der polizeilichen Beschlagnahme oder richtiger des Verbots des Weitererscheinens der verbotenen Zeitschrift bezeichnet. Wie lange ein solches Verbot bestehen kann, ist nirgends bestimmt. Es folgt aber aus dem Grunde desselben, daß den bei Herausgabe der in Beschlag genommenen Zeitschrift Betheiligten die Fortsetzung, die Wiederaufnahme derselben, so lange untersagt bleiben darf, als die Tendenz der Herausgeber keine andere, zu gegründeten Beschwerden nicht mehr veranlassende geworden ist und die Behörden nicht vom Gegentheil volle Überzeugung gewonnen haben. Diese ausnahmsweise, zu einer solchen Unterdrückung, ohne vorgängigen Rechtsspruch, den obern Polizeibehörden zugewiesene Competenz muß selbstverständlich auf diese und solche ganze Zeitblätter, wie sie die Verordnungen bezeichnen, beschränkt bleiben. Es ist daher außerdem die definitive Beschlagnahme einzelner anzuklagender Nummern oder nicht periodisch erscheinender Druckschriften und anderer Preßerzeugnisse weder den obern Polizeibehörden, noch den in Strafsachen nur untersuchenden Richtern, ohne hierauf gerichteten Rechtsspruch des competenten Gerichts, also des Schwurgerichtshofes, gestattet. Vielmehr sind Preßerzeugnisse, welche zum Behuf der Einleitung einer Untersuchung eines durch sie begangenen Verbrechens durch die Bezirksdirection oder den Untersuchungsrichter provisorisch in Beschlag genommen werden, wenn der Staatsanwalt keinen Grund zur weitern gerichtlichen Verfolgung findet, oder die Voruntersuchung darüber in Übereinstimmung des Staatsanwaltes und des Untersuchungsgerichtes nach Art. 95. der Strafproceßordnung eingestellt wird, den Eigenthümern oder Besitzern, bei welchen sie in Beschlag genommen worden sind, zurückzugeben. Man hat sich für die gegentheilige Ansicht, bei welcher man in der Praxis so weit gegangen ist, hierüber nicht einmal eine gerichtliche Verfügung an die Betheiligten eröffnen zu lassen, auf die Bestimmung in Art. 86. der Strafproceßordnung bezogen. Diese lautet wörtlich:

„Gegenstände, an welchen oder mit welchen ein Verbrechen begangen sein soll, oder welche der Angeschuldigte am Orte der That zurückgelassen hat, überhaupt Gegenstände, welche von den Angeschuldigten oder von Zeugen anzuerkennen sind, oder in anderer Weise zur Herstellung des Beweises dienen, sind, so weit es möglich, in gerichtliche Verwahrung zu nehmen."

Nach dem klaren Wortlaute dieser Stelle kann es aber keinen Augenblick zweifelhaft sein, daß dieselbe nur von der Sicherung der Be-

weismittel in Hinsicht auf ein künftiges Beweisverfahren handelt, keineswegs aber nach einer im Mangel eines vorliegenden Thatbestandes eines Verbrechens eingestellten Untersuchung, eine Innebehaltung der incriminirten Gegenstände, hier also der Preßerzeugnisse, rechtfertigt. Würde eine solche dennoch verfügt, so stünde dem durch dieselbe Beschwerten, wenn ihm darüber eine förmliche Entscheidung des Voruntersuchungsgerichts publicirt würde, Recurs an die Anklagekammer nach Art. 100. der Strafproceßordnung, sonst, bei Vernachlässigung dieser Form, schlechthin Beschwerde bei der vorgesetzten Justizbehörde zu.

Übrigens kann im Falle des Rückempfanges der in Beschlag genommenen Exemplare der Eigenthümer oder Besitzer wegen Entwerthung derselben in Folge des davon zum Zwecke der Untersuchung gemachten Gebrauches keinen Schadensanspruch an die Behörde machen, weil dieser die Mittel zur Verfolgung der ihr durch die Gesetze gesetzten Zwecke geboten sein müssen und ein Schadensanspruch überhaupt nur in Folge einer Verschuldung gegründet sein kann.

Anlangend den regelmäßigen Proceß bei den von Amtswegen zu verfolgenden Preßverbrechen und die hierbei in Frage kommenden Zuständigkeiten der Polizei- und Justizbehörden, so sind als hierüber gültige Vorschriften ebenfalls nur die Verordnung vom 6. April 1818, die Strafproceßordnung vom 20. März 1850 und die Zuständigkeitsbestimmungen für die Verwaltungsbehörden in dem Gesetze vom 5. März 1850 und die dazu gehörigen Ausführungsverordnungen vom 22. Mai 1850 Art. 20. u. 37. zu betrachten. Nach diesen Gesetzen haben die obern Polizeibehörden, die Staatsanwälte und die Untersuchungsrichter gleichmäßig Amtshalber darauf ihre Thätigkeit zu richten, daß wie andere, so auch die durch die Presse begangenen Verbrechen zur Untersuchung und Strafe gezogen werden. Die unter XI. und XII. der Verordnung vom 6. April 1818 erwähnte provisorische Beschlagnahme von Druckschriften und andern Preßerzeugnissen ist von dem Bezirksdirector zu verfügen. Von diesem erfolgt die Abgabe der in Beschlag genommenen Gegenstände ungesäumt an den Staatsanwalt, welcher nach Lage der Sache weitere Untersuchung durch den Untersuchungsrichter betreibt und schließlich, wenn Anlaß nach einem Strafgesetze dazu vorliegt, die Anklage vor dem Gerichtshofe und den Geschwornen, auf Grund des Verweisungserkenntnisses der Anklagekammer, erhebt. Der Gerichtshof endlich spricht als allein hierzu competente Behörde, nach Maßgabe des

Wahrspruchs der Geschwornen, das Urtheil. Wegen Nichtigkeit findet Cassation durch das Oberappellationsgericht als Cassationshof statt.

In Sachen der reinen, durch die Presse zugefügten Privatinjurien untersuchen und erkennen die Einzelrichter nach Vorschrift der Strafproceßordnung. Eine Beschlagnahme und Confiscation der Preßerzeugnisse, durch welche die Beleidigung zugefügt ist, findet hierbei nicht statt. Art. 194. des Strafgesetzbuchs.

Mag nun auch die durch das Patent vom 8. März 1848 wieder in das Leben gerufene Preßgesetzgebung nur als eine dem Bedürfnisse einer eigenen Gesetzgebung über den Gebrauch und den Mißbrauch der Presse einstweilen nothdürftig abhelfende bezeichnet worden sein, so kann es nunmehr nach Ergänzung dieser nothdürftigen Gesetzgebung durch das Strafgesetzbuch und die Strafproceßordnung doch recht wohl dabei bewenden, da sie allen Erfordernissen einer nach Rechtsgrundsätzen zu handhabenden Preßgesetzgebung entspricht. Wünschenswerth bleibt allein die Befestigung derselben wenigstens durch die für die Landesgesetzgebung verfassungsmäßig vorgeschriebenen Formen. Zwar hat die Verordnung vom 6. April 1818 durch die ständische Zustimmung und das darüber erlassene Höchste Patent vom 18. Mai 1819 förmliche Gesetzeskraft, wie die Strafgesetzgebung vom 20. März 1850 sie hat, erlangt, allein da dieselbe nur „die Regelung des Geschäftsganges bei den Untersuchungsprocessen wegen Mißbrauchs der Presse" zum nächsten Zwecke und Inhalte hat, das früher ausdrücklich durch die Verfassung vom 5. Mai 1816 gewährleistete Recht auf Preßfreiheit selbst aber nach Aufhebung dieser Verfassung zur Zeit nur auf dem Höchsten Patente vom 8. März 1848 beruht, so kann hiernach dieses Recht ebenso einseitig, wie es verliehen wurde, auch wieder aufgehoben werden, um so mehr als in diesem Patente selbst die fürstliche Entschließung zur Wiederverleihung dieses Rechtes als hierin ganz unbehindert nur in Folge der durch den Bundesbeschluß vom 2. April 1848 zurückgenommenen Bundes-Ausnahmegesetze erscheint.

Indessen würde aber auch ein förmliches Landesgesetz, ja selbst eine in die Verfassung darüber, wie früher, aufgenommene Bestimmung die Unantastbarkeit dieses Rechtes nur gewährleisten, wenn die in der Bundesgesetzgebung selbst hierüber gegebene Zusicherung durch ein befriedigendes Bundesgesetz Leben und Wahrheit gewönne.

Eine andere Seite der Preßgesetzgebung findet ihren Ausdruck in den Gesetzen, Bundesbeschlüssen und Staatsverträgen zum Schutz des

schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthums. Es bezieht sich hierauf das Gesetz vom 22. December 1852 nebst Patent dazu vom 7. Mai 1853, wodurch die fortdauernde Gültigkeit der hierüber erlassenen Bekanntmachungen und Gesetze auch nach Einführung des Strafgesetzbuches vom 20. März 1850 festgestellt wird; ferner der mittelst Bekanntmachung Großherzogl. Regierung vom 14. December 1837 publicirte Bundesbeschluß vom 9. November 1837 wegen Nachdrucks und der unter dem 10. März 1846 publicirte, diesen Beschluß ergänzende Bundesbeschluß vom 19. Juni 1845. An ersteren schließt an das Landesgesetz vom 11. Januar 1839 zum Schutz des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbilden und die dazu gehörige Instruction vom 7. Februar 1845 und Bekanntmachung vom 13. Mai 1845; während in jenem nachträglichen Bundesbeschlusse die schon in diesem Gesetze weiter ausgeführten Grundsätze über den Schutz des litterarischen Eigenthums im Wesentlichen für sämmtliche deutsche Bundesstaaten Geltung erhalten haben.

Den gegenseitigen Schutz der Autorenrechte in dem Großherzogthume und Großbritannien haben zum Inhalt der Staatsvertrag vom 13. Mai 1846 und das Gesetz vom 9. Juli 1847; den zwischen dem Großherzogthume und Frankreich der Staatsvertrag vom $\frac{17.\ \text{Mai}}{22.\ \text{Juni}}$ 1853 nebst dazu gehöriger Ministerialbekanntmachung vom 12. August 1853.

Auf diesen Theil der Gesetzgebung jedoch näher einzugehen, lag nicht im Zwecke dieser Abhandlung.

Zum Provocations- und Inhibitivproceß.

Vom Herrn OAGRath Dr. Vermehren zu Jena.

I.

Über die Bescheinigung bei der Provocation zur Erhebung der Eigenthumsklage.

Seitdem durch die deutsche Praxis die provocatio ex leg. Diffamari auch auf die Aufforderung zur Erhebung einer dinglichen Klage und insbesondere zur Anstellung der rei vindicatio ausgedehnt worden ist, hat man stets daran festgehalten, daß eine solche Provocation nicht gegen den Besitzer der Sache erhoben werden könne, indem derselbe dadurch der Vortheile und Rechte des Besitzes beraubt werden würde.

Hiervon ausgehend, ist neuerer Zeit von Francke[1]) mit allem Recht hervorgehoben worden, daß im Gegentheil der Besitz der Sache auf Seiten des Provocanten zum rechtlichen Fundament dieser Provocationsklage gehöre, da nur der Besitzer der Sache mit der Eigenthumsklage belangt werden könne, und demnach auch nur dieser in der Lage sei, zur Erhebung der rei vindicatio gegen sich aufzufordern. Es folgt hieraus, daß der Provocant, außer der Diffamation selbst, auch den Besitz in der Provocationsklage behaupten muß, und daß, falls dieß nicht geschehen, die Klage in der angebrachten Maße zu verwerfen ist. Francke[2]) ist indeß in dieser Hinsicht noch weiter gegangen, indem er es zur Begründung der Provocationsklage nicht für ausreichend erachtet, daß der Besitz der Sache auf Seiten des Provocanten behauptet sei, sondern auch die sofortige Bescheinigung dieses Besitzes dergestalt für erforderlich ansieht, daß, wenn die letztere nicht sogleich bei der Erhebung der Provocation beigebracht wird, die Klage ebenfalls in der angebrachten Maße abgewiesen werden müsse. Diese Ansicht hat jedoch Widerspruch gefunden, und es scheint daher, zumal hingesehen auf die practische Bedeutung dieser Streitfrage, nicht ohne Interesse zu sein, in dem nachstehenden Rechtsfall einer näheren Erörterung derselben und namentlich einer speciellen Beleuchtung und resp. Widerlegung der Francke'schen Ansicht zu begegnen.

Unter dem 7. November 1853 erhob nämlich die Gemeinde R. gegen den Rittergutsbesitzer Friedrich L. zu A. vor dem Fürstl. Kreisgericht zu Sondershausen, als Schwarzburg-Rudolstädtischem Kreisgericht, folgende Provocationsklage: In der Markung der Gemeinde R., und derselben eigenthümlich gehörig, liege auf Fürstl. Schwarzburg-Rudolstädtischem Territorium eine große unbebaute Strecke Landes, der Sumpf genannt, welche 124 Morgen 108 Quadratruthen Fläche enthalte. Diese Strecke Landes (deren Grenzen in der Klage genau angegeben waren) habe die Gemeinde R. seit 1. 2. 3. 10. 20. 30. und mehr Jahren im Besitze und Genusse, indem sie darauf Hut- und Triftrechte ausgeübt, Erde davon entnommen, Gras gesichelt, Rasen gestochen, Flachs zum Trocknen darauf gestellt, Grenzmarken auf derselben errichtet u. s. f. Gleichwohl habe sich der Rittergutsbesitzer L. zu A., der auf dem sogenannten Sumpfe Triftrecht habe, am 24.

1) im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. XVIII. Nr. IX. S. 227. folg.

2) a. a. O. S. 232 folg.

März 1852 vor der Schwarzburg-Rudolstädtischen Ablösungs-Commission, welche in R. einen Termin abgehalten, berühmt, daß ihm ein **Miteigenthumsrecht** an dem Sumpfe zustehe. Da dieß nun der Gemeinde R. zu großem Nachtheil gereiche, indem sie dadurch in einer vortheilhaften landwirthschaftlichen Benutzung des Sumpfes sehr behindert werde, so sehe sie sich zur Klagerhebung genöthigt, und zwar vor dem Kreisgericht zu Sondershausen, als dem forum rei sitae, wo die Hauptklage anzustellen sein würde. Die **Klagbitte** war dahin gerichtet: den Diffamanten für schuldig zu erkennen, daß er sein gerühmtes Miteigenthumsrecht an dem Sumpfe binnen Sächsischer Frist bei Strafe ewigen Stillschweigens geltend zu machen habe.

Zur Bescheinigung der Provocationsklage waren derselben beigefügt: das Zeugniß eines verpflichteten Feldmessers vom 15. September 1852 darüber, daß die streitige Landstrecke den angegebenen Flächenraum enthalte, und ferner ein Protocoll der Fürstl. Schwarzburg-Rudolstädtischen Ablösungs-Commission vom 24. März 1852, worin am Schlusse bemerkt war, daß die Triftberechtigten von A., unter denen sich auch der im Termin mit anwesende Rittergutsbesitzer L. befand, Miteigenthumsrecht an dem fraglichen Sumpfdistrict prätendirten. Über den Besitz des letzteren auf Seiten der Provocantin war keine Bescheinigung beigefügt, sondern in einem besondern Schreiben bloß auf einen in einer andern Proceßsache befindlichen Zeugenrotul und auf ein dort ergangenes Erkenntniß der Juristen-Facultät zu Jena, wonach die Thatsache des Besitzes als gerichtsnotorisch anzusehen sei, Bezug genommen.

Durch ein Decret des Kreisgerichts Sondershausen vom 8. November 1853 wurde die Provocationsklage, wegen mangelnder Bescheinigung des Besitzes, sofort angebrachtermaaßen a limine judicii zurückgewiesen.

Auf die von der Provocantin hiergegen ergriffene Berufung ist aber durch ein Urtheil des Spruchcollegiums an der Universität **Heidelberg** reformatorisch erkannt, die Provocationsklage für zulässig erachtet und deren Mittheilung an den Provocaten zur Vernehmlassung binnen vierzehn Tagen verfügt worden.

Die Gründe dieses Urtheils enthalten im Betreff der mangelnden Bescheinigung des Besitzes folgende Ausführung: „Bei der hier entscheidenden Vorfrage, ob der Provocant schuldig sei, im Falle er eine Provocation wegen einer Berühmung anstellt, die auf einen dinglichen

Rechtsanspruch gegen den Provocanten gebaut ist, mit seiner Provocationsklage auch die Bescheinigung seines Besitzes vorzubringen, kann die von dem Kreisgerichte in den Entscheidungsgründen seines Decrets zum Grunde gelegte Ansicht, welche auf die von

Francke, Archiv f. d. civ. Praxis XVIII. S. 224.

vertheidigte Behauptung gebaut ist, für richtig nicht anerkannt werden. Wenn auch nicht verkannt werden kann, daß der schon früh in der italiänischen Praxis vorkommende und später in die Rechtsübung der meisten Länder übergegangene Provocationsproceß noch zur Zeit, als zuerst die Reichsgesetze Zeugniß über sein Vorkommen in den deutschen Gerichten geben, in einen engern Kreis gebannt war, als jetzt, und ursprünglich als provocatio zu einer dinglichen Klage nicht vorkam; so steht doch fest, daß, nachdem die ganze Proceßart ihre Ausbildung durch die Praxis erhielt und immer mehr ausgedehnt wurde,

Muther, de origine processus provocationis ex lege diffam. Erlangae 1853.

später mit Anerkennung der Praxis im gemeinen, wie im Sächsischen Proceß die Provocation vor Anstellung einer dinglichen Klage, wegen Berühmungen, die sich auf ein dingliches Recht an der vom Provocanten besessenen Sache bezogen, zugelassen wurde.

Höpfner, Beiträge z. civilrechtl. Praxis. S. 46.

Bei der Provocation fordert die Praxis und der

J.R.A. §. 83.

die Bescheinigung der vorhandenen Diffamation, auf welche die Provocation sich bezog; allein so wohl die gemeinrechtliche Rechtsübung,

Linde, bürgerl. Proceß §. 337.

als die Sächsische Praxis (eben so, wie die Sächsischen Landesgesetze)

Kori, summar. Proc. S. 262.

sprechen nur von der nothwendigen Bescheinigung der Diffamation. Als Francke weiter ging, und im Falle der Provocation zu einer dinglichen Klage auch die Bescheinigung des dem Provocanten zustehenden Besitzes der Sache forderte, auf welche sich die angebliche Berühmung bezieht, läßt sich nicht nachweisen, daß sie in die Praxis überging, vielmehr widersprach dieser neueren Ansicht auf das Bestimmteste

Bayer, summar. Proc. S. 154. Note 5.

mit der Erklärung, daß die Behauptung weiter gehe als die Worte des Gesetzes; und in den Entscheidungsgründen eines Urtheils von 1836 des Bairischen Oberappell. Gerichts

Blätter für Rechtsanwendung V. S. 364.

wird entschieden nachgewiesen, daß die Forderung dieser Bescheinigung der Natur des Provocationsprocesses widerstreiten würde. Für Sachsen ist zwar von

Osterloh, summar. Proc. S. 256.

die Forderung der Bescheinigung des Besitzes aufgestellt, allein sein Zeugniß kann nicht genügen, da er nichts weiter als die Berufung auf die Abhandlung von Francke anführt. Wenn danach nicht in Abrede gestellt werden kann, daß die Worte der Gesetze (J.R.A. §. 83.) nur auf die Nothwendigkeit der Bescheinigung der Diffamation sich beziehen, so müssen genügende Gründe nachgewiesen werden, welche die Ausdehnung der Forderung der Bescheinigung auch auf den Besitz rechtfertigen. Daß dabei die in der Appellations-Gegendeduction aufgestellte Ansicht, daß, wenn die früheren Gesetze die Theorie von Francke gekannt hätten, sie auch die Bescheinigung des Besitzes gefordert haben würden, irrig ist, ergiebt sich leicht, indem theils eine petitio principii, theils eine Vermischung dessen, was die Gesetze etwa gethan haben möchten, oder neue Gesetze thun sollten, mit dem bestehenden Rechte zum Grunde liegt. Der wichtigste Grund für die Ansicht Francke's ist,

Archiv XVIII. S. 228.

daß nur derjenige zur Erhebung einer Klage provociren kann, welcher mit dieser Klage rechtlich belangt werden kann, daß aber mit der rei vindicatio nur der Besitzer der Sache belangt werden kann, so der Besitz zum rechtlichen Grunde dieser Provocationsklage gehört und der Provocant diesen Besitz behaupten und darthun muß, weil die gegentheilige Ansicht zu Störungen und Ungerechtigkeiten führen würde. Francke folgert dann weiter, daß der Provocant aber auch

Archiv S. 232.

den Besitz schon in der Provocationsklage bescheinigen müsse, weil sich sonst der Zweck nicht erreichen lassen würde, damit der Richter gleich Anfangs die Zulässigkeit der Provocation beurtheilen kann und dem Mißbrauche der Erhebung grundloser Provocation vorgebeugt werde. Allein gegen diese Ansicht spricht, daß hier dasjenige, was zur Abschneidung von Mißbräuchen eine neue Gesetzgebung vielleicht vorschreiben sollte, mit dem verwechselt wird, was bereits in dem Rechte besteht. Das bloß Zweckmäßige kann noch nicht von dem Richter als nothwendig anerkannt werden. Wenn es aber auch richtig ist, daß der Provocant, im Falle wie der vorliegende, seinen Besitz der Sache in der

Provocation **behaupten** muß, so folgt daraus nicht, daß er ihn auch bescheinigen und sonst angebrachtermaßen abgewiesen werden muß. Denn Francke selbst erkennt an, daß die Worte des Reichsgesetzes nicht dieß fordern, erklärt dieß aber aus der damaligen Auffassung der Provocation und will darthun, daß die Analogie jetzt, nachdem man Provocation zur dinglichen Klage zuläßt, auch folgerichtig die Bescheinigung des Fundaments erfordere. Erwägt man jedoch, daß keine Analogie nachgewiesen ist, indem allerdings der Gesetzgeber dazu kommen konnte, dem Mißbrauche der ohnehin eine große Ausnahme enthaltenden Provocatio durch die Forderung der Bescheinigung der Diffamation vorzubeugen, was wohl möglich wurde, da es nur auf den Beweis einer einfachen Thatsache ankommt, während nicht der gleiche Grund dafür spricht, auch den oft schwierigen Beweis des Besitzes dem Provocanten aufzubürden, so ist schon die Ansicht Francke's deßwegen bedenklich, weil man, wie das Oberappell. Gericht **München** in seiner oben angeführten Entscheidung mit Recht bemerkt, durch die Forderung dieser Bescheinigung einen in den spätern Hauptproceß gehörigen, oft den Gegenstand eines schwierigen Beweises bildenden Punct des Besitzes in den bloß vorbereitenden Provocationsproceß hineinziehen würde. Gegen Francke's Ansicht spricht noch, daß die Forderung einer sogleich mit der Klage beizubringenden Bescheinigung immer eine Ausnahme von der Regel ist, nach welcher der Behauptende die wesentlich nothwendigen Thatsachen nur anzuführen hat, aber nicht zu beweisen braucht, daher auch hier die Forderung der Bescheinigung des Besitzes als nothwendig nach den Gesetzen oder einem constanten Gerichtsgebrauche nachgewiesen werden müßte, welche Nachweisung aber nicht geliefert werden kann. Es entscheidet ferner noch die Rücksicht, daß daraus, wenn auch die Bescheinigung als regelmäßig vorausgesetzt wird, noch nicht folgt, daß der Richter ex officio die Klage wegen Nichtbescheinigung abweisen muß, da vielmehr weit zweckmäßiger die Klage vorerst dem Provocaten mitgetheilt werden soll, dessen Erklärung dann entscheiden wird, ob der Richter sich veranlaßt sehen kann, jetzt erst die Provocationsklage wegen Mangels der Bescheinigung abzuweisen, indem häufig nach der eigenen Angabe des Provocaten, welcher vielleicht den Besitz des Provocanten zugesteht, die Bescheinigung unnöthig gewesen wäre. Ohnehin darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß gute Proceßordnungen z. B. die Bairische von 1853 ausdrücklich sagen: „er soll die Diffamation, **im Fall dieselbe widersprochen wird**, summarie be=

weisen," woraus hervorgeht, daß der Richter dann zuerst die Erklärung des Provocaten abwarten muß.

Blätter für Rechtsanwendung I. S. 124.

Die von Francke angeführten Störungen und möglichen Ungerechtigkeiten, welche eintreten würden, wenn man keine Bescheinigung forderte, könnten nur unter gewissen Voraussetzungen eintreten, sind aber auch in der geschilderten Art regelmäßig nicht begründet.

Höpfner a. a. O. S. 40.

Wenn Francke anführt, daß sich ohne die Bescheinigung des Besitzes nicht der Grund der Provocation ergeben würde, und daß nur dann der Provocat eines Klagrechts gegen den Provocanten sich berühmt, wenn dieser wirklich Besitzer der Sache ist, so muß in unserem Falle erwogen werden, daß hier die nöthige Bescheinigung vorlag, indem aus dem beigefügten Protocoll sich ergab, daß der Provocat eines Miteigenthumsrechts auf den Sumpf, gegenüber der Gemeinde R., sich berühmte, daher diese Gemeinde als Gegnerin bei seiner Klage erklärte, wozu noch kommt, daß hier von einer ungebauten, in der Gemarkung von R. befindlichen Liegenschaft (Lehde) die Rede ist, woselbst die Vermuthung für das Eigenthumsrecht der Gemeinde spricht.

Mittermaier, Grundſ. des deutsch. Priv.-Rechts. §. 128."

u. s. w. — Gegen das Urtheil zweiter Instanz wendete nun aber der Provocat das Rechtsmittel der Oberappellation ein. Das Oberappell. Gericht hat jedoch zu Nr. civ. 382. von 1854 den Gründen des Heidelberger Erkenntnisses beigepflichtet und die Provocationsklage der Gemeinde R. ebenfalls zur weiteren Verhandlung zugelassen.

Wie der J.R.A. von 1654. §. 83. und schon vor demselben die R.C.G.O. von 1555. II. 25. lediglich die Bescheinigung der Diffamation erfordern, ebenso erwähnen auch die Sächsischen Proceß-Ordnungen, insofern sie überhaupt besondere Bestimmungen über das Verfahren bei der prov. ex leg. Diffam. enthalten, nur der Bescheinigung der Diffamation. Insbesondere verordnet die Alt. Sächs. Proc. Ordnung Tit. I. §. 4., welche in dem Fürstenthum Schwarzburg-Rudolstadt neben der Proc. Ordnung von 1704 in subsidium zur Anwendung kommt, und daher, da diese letztere Proc. Ordnung über den Provocatiosproceß ex leg. Diffam. keine besondern Vorschriften enthält, in dem obigen Rechtsstreit hauptsächlich mit als das zu befolgende Gesetz angesehen werden mußte: „Also soll man auch ex L.

Diffamari keinen Process decerniren, es habe denn zuvor der Kläger gebührlichen Schein, der vermeinten Diffamation, seiner Supplication pro decernenda Citatione, beigeleget." Hierbei hat es denn sodann auch nicht nur die Erl. Proc. Ordnung ad tit. V. §. 5. im Wesentlichen belassen, sondern es sind deren Vorschriften später auch fast wörtlich in die Altenburg. Proc. Ordnung P. I. cap. II. §. 4. mit aufgenommen worden, so wie denn auch die Goth. Proc. Ordnung P. I. cap. II. §. 8. davon ausgeht, „daß die geschehene Diffamation, ehe und bevor auf die Diffamations-Klage eine Citation ausgefertigt werden kann, nothwendig einigermaßen bescheinigt sein muß." Bemerkenswerth ist hinsichtlich dieser letzteren Proc. Ordnung, daß dieselbe ausdrücklich auch des Falles Erwähnung thut, „wenn Jemand sich berühmt, daß er eine Real-Action gegen einen andern habe" und sodann dem Diffamaten gestattet, den Diffamanten deßhalb zu belangen und zu bitten, „daß, wenn er einige Action gegen den Diffamaten, oder einiges Recht an der Sache zu haben vermeine, er — Klage dieserhalb in gewisser Zeit anzustellen, angewiesen werden möge," gleichwohl aber, wie bemerkt, ebenfalls nur der Bescheinigung der Diffamation gedenkt. In einigen Gesetzen, wie in der Ernest. Proc. Ordnung P. II. cap. I. §. 1., sowie in einigen neueren Proceßgesetzen ist entweder ausdrücklich bestimmt, daß die prov. ex leg. Diffam. in dem für gewisse Gegenstände vorgeschriebenen unbestimmten summarischen Proceß zu verhandeln sei [1]), oder es sind für die im summarischen Proceß zu verhandelnden Rechtssachen überhaupt allgemeine Regeln aufgestellt [2]). Ist dieß der Fall, so kann die Frage, ob bei der Provocation zur Erhebung der Eigenthumsklage zugleich der Besitz der Sache auf Seiten des Diffamaten bescheinigt sein müsse, nicht einmal wohl aufgeworfen werden, da das Verfahren sich alsdann nach den Vorschriften über den summarischen Proceß richtet, wobei die sofortige Beschei-

1) wie in dem Altenburg. Gesetz über den unbestimmten summar. Proceß und das Rechnungs-Verfahren vom 7. April 1823. §. 10. sub i. §. 21. 67 folg. 78 folg. — dem Goth. Gesetz über den unbestimmten summar. Proceß vom 12. Octbr. 1837. §. 1. nr. 12. §. 20 folg. §. 68. — dem Reuß. Gesetz j. L. über den summar. Proceß vom 24. März 1838 §. 1. nr. 7. §. 33 folg. —

2) wie in dem Weimar. Gesetz vom 12. April 1833. zur Abkürzung und Verbesserung des Proceß-Verfahrens §. 5 folg. §. 25. 28. 31. — dem Sondershäus. Gesetz vom 20. Febr. 1834 über Verbesserung und Erläuterung des Civilprocesses §. 126 folg.

nigung der Klage der Regel nach nicht erfordert wird, die Bescheinigung und Gegenbescheinigung vielmehr entweder an einen besondern Verhörs- und resp. Beweiserörterungs-Termin gebunden zu sein pflegt, oder auch in anderer Weise durch die Festsetzung kürzerer Fristen und sonstige auf die Beschleunigung des Verfahrens abzweckende Vorschriften für die schnellere Beendigung des Rechtsstreites gesorgt ist.

II.

Findet der Inhibitivproceß auch bei Vertragsverhältnissen Statt?

Der in dem Sächsischen Proceßrecht vorkommende, dem gemeinrechtlichen Mandatsproceß nachgebildete, Inhibitivproceß hat hauptsächlich zum Zweck, demjenigen, welcher in seinen Vermögensrechten durch die Angriffe Anderer gestört oder bedroht wird, schleunigen Rechtsschutz in der Art zu gewähren, daß dem störenden und angreifenden Gegner durch ein richterliches Verbot dergleichen Störungen für die Zukunft untersagt (inhibirt) werden [1]). Diejenigen Fälle, in welchen der Inhibitivproceß zur Anwendung gebracht wurde [2]) und welche sodann auch in den Sächsischen Proceßordnungen, fast übereinstimmend,

---

1) Im Königreich Sachsen ist der Inhibitivproceß durch ein neueres Gesetz aufgehoben. — Osterloh, d. summar. bürgerl. Processe §. 6. — Eben so findet derselbe in dem Herzogthum S. Gotha nach der ausdrücklichen Bestimmung in der Verordnung vom 22. Sptbr. 1843 verschied. Bestimmungen des bürgerl. Proc. betr. §. 3. nicht mehr Statt. Dagegen ist dessen fortdauernde Gültigkeit in andern Particulargesetzen, wie in dem Altenb. Gesetz über den unbestimmten summar. Proceß vom 7. April 1823. §. 6; in der Coburg. Verordnung vom 12. Januar 1832. §. 1. sub c; und in dem Meining. Gesetz vom 10. Mai 1844 über Beschränkung der Appellationen an die dritte Instanz rc. Art. 4. von Neuem anerkannt und bestätigt worden.

2) Schon bei dem Oberhofgericht zu Leipzig und dem Hofgericht zu Wittenberg war derselbe im Gebrauch. Die zu häufige und mißbräuchliche Anwendung der Inhibitionen gab sogar zu Beschwerden Veranlassung, so daß in der Erledigung der Landesgebrechen von 1612. Nr. 9. (Cod. Aug. I. S. 175. 176.) sowohl die Fälle, wo Inhibitionen erlassen werden könnten, als auch das Verfahren dabei näher bestimmt wurden. Die Beschwerden dauerten jedoch fort, und es wurden daher in der Erledigung der Landesgebrechen von 1661. Justitien-Sachen Nr. 51. (Cod. Aug. I. S. 228.) die früheren Bestimmungen wieder ausdrücklich bestätigt und von Neuem eingeschärft. — Auch in der Jenaischen Hofgerichtsordnung von 1653. cap. 19. befinden sich Vorschriften über Inhibitionen und das dabei Statt findende Verfahren.

als dazu geeignet aufgeführt werden[1]), weisen allerdings darauf hin, daß man denselben vorzugsweise da für anwendbar zu erachten habe, wo eine Störung des Besitzes in Frage steht, und daß die zu erlassenden Inhibitionen meist dazu bestimmt sind, zum Schutz des jüngsten Besitzes gegen die Angriffe Anderer zu dienen. Der Inhibitivproceß pflegt daher auch gewöhnlich mit dem possessorium summariissimum in der Weise in Verbindung gesetzt zu werden, daß derselbe hiernach als eine besondere Art des summarischen Besitzprocesses erscheint[2]) und nach mehreren Proceßordnungen ist es selbst dem Ermessen des Richters anheim gestellt, „ob und wenn er in diesem Proceß (dem possessorium summariissimum) per mandata inhibitoria verfahren wolle," wobei er sich alsdann nach den über den Inhibitivproceß gegebenen Vorschriften zu richten hat[3]). Um das Obige zu bestätigen, braucht nur daran erinnert zu werden, daß der Inhibitivproceß namentlich da Statt finden soll, wo Jemand sich eines Einfalls in das Seinige oder der Entsetzung seiner Güter zu versehen hat, wenn dem Impetranten durch die Aufführung neuer Gebäude Schaden droht, wenn demselben durch die Grabung von Brunnen oder die Anlegung neuer Wasserleitungen das Wasser entzogen oder dessen Lauf verändert werden würde, wenn Jemand an Bestellung seiner Länderei verhindert oder an Übung seiner Befugnisse und Gerechtigkeiten, es seien dieses Gerichte, Jagden, Triften, Fischereien, Zins- und Zolleinnahmen u. dergl. beeinträchtigt wird u. s. w.[4]). Alle diese Beispiele geben zu erkennen, daß man dabei die Störung eines in Beziehung auf eine Sache, und insbesondere

---

1) Ernest. Pr. O. P. II. cap. IV. §. 2. — (Goth. Landes-Ordnung P. II. cap. I. Tit. I. S. 83—86.) — Eisen. Pr. O. Tit. XXVI. §. 2. — Sächs. Erl. Pr. O. Anhang. §. 21. — Altenb. Pr. O. P. II. cap. IV. §. 1. — Goth. Pr. O. P. II. cap. V. §. 1. —

2) S. z. E. *Carpzov*, Proc. jur. in foro Saxon. Tit. XXIII. Art. II. §. 1 seq. — *Barth*, Hodeg. for. cap. V. §. 14 seq. — *Lud. Mencken*, Tract. synopt. proc. jur. etc. Disp. I. §. 42 seq. — *Berger*, Elect. proc. possess. §. VI. — Desselben Oecon. jur. Lib. IV. Tit. XXX. §. 6. — *Krause*, Tract. synopt. proc. judic. etc. Lib. II. cap. III. Sect. II. §. 1. — Ludovici, Einleitung z. Civilproceß rc. Cap. II. §. 17. —

3) Altenb. Pr. O. P. II. cap. III. §. 9. — Goth. Pr. O. P. II. cap. IV. §. 9. — Vergl. auch Schwarzb. Rudolst. Pr. O. P. II. Tit. II. §. 5.

4) Die obigen Fälle werden im Wesentlichen auch schon in der angef. Erledigung der Landesgebrechen von 1612. nr. 9., so wie in der Jenaischen Hofgerichtsordnung a. a. O. erwähnt.

eine unbewegliche oder eine derselben gleich zu achtende Sache Statt gefundenen Zustandes, wobei im Allgemeinen ein Besitzverhältniß möglich ist, die Beeinträchtigung in einem bisher bestandenen Besitzverhältniß im Auge gehabt habe. Es erscheint dieß um so unzweifelhafter, als auch bei den Bestimmungen über das dem Inhibitivproceß eigenthümliche summarische Proceßverfahren öfters auf das in Frage stehende Besitzverhältniß und insbesondere auf den zunächst in Betracht kommenden jüngsten Besitz Bezug genommen wird, indem unter Anderm verordnet ist, daß der Impetrat gegen das ausgelassene monitorium oder excitatorium nicht mit der exceptio possessorii ordinarii oder petitorii gehört werden soll; daß je nachdem die Inhibition durch Bescheid bestätigt oder aufgehoben wird, entweder der Impetrant oder der Impetrat dadurch rechtliche *Possess* erhalte[1]); daß, wenn der inhibitus in dem Paritions- und Justificationstermin seine *Possession* besser als der inhibens bescheinigt, die Inhibition cassirt, oder, wenn er seine *Possession* nicht alsbald bescheinigt, es aber doch das Ansehen hat, als ob er besser *Possessions*-Recht hätte, die Inhibition in vim citationis resolvirt werden soll u. s. w.[2]). Mag indeß auch der dem Besitz und insbesondere dem jüngsten Besitz zu gewährende schleunige Rechtsschutz hauptsächlich zur Entstehung und Ausbildung des Inhibitivprocesses die Veranlassung gegeben haben, so ist doch nicht anzunehmen, daß derselbe ausschließlich auf diese Fälle zu beschränken und namentlich bei Obligationsverhältnissen für gänzlich ausgeschlossen zu achten sei[3]). Jenes hat seinen Grund ohne Zweifel darin, daß bei

---

1) Altenb. Pr. O. P. II. cap. IV. §. 4. 9. — Goth. Pr. O. P. II. cap. V. §. 4. 9.

2) Ernest. Pr. O. P. II. cap. IV. §. 3. — Eisen. Pr. O. Tit. XXVI. §. 3.

3) Für die allgemeinere Anwendung des Inhibitivprocesses hat sich mit Entschiedenheit erklärt: *Brunnquell*, de processu inhibitivo in foris Saxonicis. Jenae 1726. §. III. XXIII seq. — Dieser Ansicht sind auch die späteren Schriftsteller über Sächsischen Proceß gefolgt, wie theils aus deren ausdrücklichen Äußerungen hierüber hervorgeht, und theils wenigstens nach dem von denselben aufgestellten allgemeinen Begriff des Inhibitivprocesses anzunehmen ist. — S. z. E. Griebner, Discurs zur Erleut. der churfürstl. Sächs. alten und verbesserten Proc. Ordnung (2. Aufl.) S. 584. — *Schaumburg*, Princip. prax. jurid. judic. Lib. II. cap. V. §. 1. — *Biener*, Syst. proc. judic. Tom. II. §. 276. — Kori, Theorie der Sächs. summar. bürgerl. Processe §. 129. — Heimbach, Lehrb. des Sächs. bürgerl. Processes Bd. II. §. 166.

Besitzverhältnissen sich am häufigsten das Bedürfniß nach schleuniger Abwehr der dagegen gerichteten Angriffe und nach Abwendung der dabei vorkommenden Störungen fühlbar machen mochte, während es sich bei Streitigkeiten aus Vertragsverhältnissen regelmäßig darum handelt, die Erfüllung der übernommenen Vertragsverbindlichkeiten und ein denselben entsprechendes positives Handeln zu erzwingen, wobei eines Theils eine so schleunige Rechtshülfe der Regel nach nicht in gleichem Maße erforderlich erscheint und andern Theils auch schon in anderer Weise, wie durch Gestattung des Executivprocesses oder die Verhandlung der Sache in einem sonstigen summarischen Proceßverfahren für die Beschleunigung des Proceßgangs gesorgt ist. Es ist jedoch nicht zu verkennen, daß auch in Verhältnissen, wo es sich nicht um Störungen im Besitz und insbesondere im jüngsten Besitz handelt, sondern Rechtsverletzungen anderer Art in Frage sind, mögen diese nun in Angriffen gegen die Person oder in positiven Handlungen gegen vertragsmäßig übernommene Verpflichtungen bestehen, die möglichst schleunige Beseitigung dieser Rechtsstörungen als wünschenswerth und selbst als nothwendig erscheinen kann. In dergleichen Fällen wird ein an den Angreifenden und Störenden ergangenes richterliches Verbot, eine auf Antrag des Verletzten und Bedrohten ertheilte Inhibition sich eben so zweckmäßig erweisen als unter den sonstigen Voraussetzungen als vollkommen gerechtfertigt zu betrachten sein. Man führt wohl als Fälle, wo der Inhibitivproceß auch da, wo es sich nicht um Schutz im jüngsten Besitz handelt, vorkommen könne, an: „wenn einer von dem andern turbirt wird, oder wenn der judex inferior illegal verfährt, daß er ab executione den Proceß anfängt[1])." Indeß liegen andere Beispiele nicht fern, wo, ohne daß an ein Besitzverhältniß zu denken wäre, eine aus positiven Handlungen entstehende Rechtsverletzung in ganz geeigneter Weise durch ein richterliches Inhibitiv-Decret beseitigt werden kann. Um namentlich bei Vertragsverhältnissen stehen zu bleiben, so denke man nur z. E. an den Fall, daß sich Jemand einem Andern verpflichtet, einen gewissen Handelsartikel eine bestimmte Zeit hindurch nur an diesen zu liefern, dann aber gleichwohl, dem Vertrage zuwider, eben solche Gegenstände auch Andern käuflich überläßt. Oder es verspricht Jemand, der Anfertigung einer bestimmten Waare sich zu enthalten und deren Producirung einem Andern ausschließlich zu überlassen, dann aber

1) Griebner a. a. O. — S. jedoch auch *Brunnquell* l. c. §. XXIII. seq.

dennoch die gleiche Waare wieder selbst verfertigt und den Handel damit fortsetzt. In allen dergleichen Fällen kann ganz zweckmäßig durch ein richterliches Verbot die betreffende Rechtsstörung beseitigt und der dem Impetranten daraus entstehende Nachtheil abgewendet werden. Wie aber das Bisherige ergiebt, daß die rechtliche Natur des Inhibitivprocesses keines Weges dessen Beschränkung auf eigentliche Besitzverhältnisse erfordert, so geht auch aus den Sächsischen Proceßgesetzen mit hinreichender Bestimmtheit hervor, daß von ihnen eine solche beschränkte Anwendung des Inhibitivprocesses und dessen Ausschließung in allen andern Fällen in der That nicht beabsichtigt worden sei. Neben den Fällen, wo es sich um eine sofortige Beseitigung von Besitzstörungen, um Erhaltung des in Beziehung auf eine unbewegliche Sache bisher bestandenen Zustandes handelt, wird in den Sächsischen Proc. Ordnungen, insofern sie überhaupt Vorschriften über Inhibitionen und das dabei Statt findende Verfahren enthalten [1]), namentlich auch des Falles gedacht: wenn Jemand die gefängliche oder gefährliche Einziehung seiner Person zu befürchten hat [2]), wobei von einer Besitzstörung oder einer sonstigen Vermögensbeeinträchtigung natürlich nicht die Rede sein kann. Außerdem lassen aber auch die sämmtlichen hier in Betracht kommenden Sächsischen Proc. Ordnungen den Inhibitivproceß in dem Falle zu: wenn wider gesprochene Urtheil, rechtskräftige Sentenzen oder klare Briefe und Siegel gehandelt worden ist [3]). Die ganz allgemeine Fassung dieser Bestimmung läßt es als unstatthaft erscheinen, dieselbe in einem beschränkteren Sinne zu verstehen und derselben etwa die ausschließliche Deutung auf Besitzverhältnisse und die hierüber ergangenen Erkenntnisse oder sonstige darauf bezügliche urkundliche Aufzeichnungen zu geben. Es ist hierzu um so weniger Veranlassung vorhanden, als man gerade bei „klarem Brief und Siegel" zunächst weit mehr an ver-

1) Dieß ist nicht der Fall bei der Alt. Sächs. Proc. Ordnung so wie bei der Anhalt. u. Schwarzburg.-Rudolst. Pr. Ordnung. — S. jedoch über Anhalt: Heimbach a. a. O. §. 170. —

2) Ernest. Pr. O. P. II. cap. IV. §. 2. nr. 2. — Eisen. Pr. O. Tit. XXVI, §. 2. nr. 3. 4. — Altenb. Pr. O. P. II. cap. IV. §. 1. nr. 2. 12. — Goth. Pr. O. P. II. cap. V. §. 1. nr. 2. 12. —

3) Ernest. Pr. O. a. a. O. nr. 1. — Eisen. Pr. O. a. a. O. nr. 1. — Sächs. Erl. Pr. O. Anhang. §. 21. — Altenb. Pr. O. a. a. O. nr. 1. — Goth. Pr. O. a. a. O. nr. 1.

tragsmäßige Vereinbarungen und die darüber ausgefertigten, die Sicherheit der Contrahenten und die schnellere Beweisführung bezweckenden schriftlichen Urkunden als an sonstige, sich auf andere Verhältnisse beziehende, Niederschriften zu denken pflegt. Schon in der angeführten Erledigung der Landesgebrechen von 1612 nr. 9. ist sogar des Falles ausdrücklich gedacht: „wenn wider klare versiegelte Verträge gehandelt;" und eben so rechnet die Jenaische Hofgerichtsordnung a. a. O. nr. 2. zu den casus inhibitionis: „da Supplicant einen klaren Vertrag in Händen, darwider das andere Theil zu handeln sich unterstünde." Diese letztere Bestimmung ist sodann auch wörtlich in die Eisenacher Proc. Ordnung[1]) mit übergegangen, während die Sächs. Erl. Proc. Ordnung[2]) unter den Fällen, in denen Inhibitionen ertheilet werden sollen, ebenfalls den erwähnt: „wenn wider klare Verträge gehandelt worden." Kann hiernach die Meinung dieser Gesetze irgend einem Zweifel nicht wohl unterliegen, so erscheinen deren Vorschriften auch außerdem jedenfalls insofern nicht ohne Bedeutung, als man daraus ersieht, wie die obige Auffassung des Inhibitivprocesses weder dem älteren noch dem neueren Sächsischen Proceßrecht fremd geblieben ist, und wie daher nur um so weniger ein Bedenken dagegen obwalten kann, die oben angeführten Bestimmungen der übrigen Proc. Ordnungen in derselben Allgemeinheit zu verstehen, in welcher sie in denselben Aufnahme gefunden haben. Hiermit steht auch nicht im Widerspruch, daß daselbst von „rechtlichen Posseß," von „besserem Possessionsrecht" u. s. w. die Rede ist, denn dies erklärt sich sehr leicht daraus, daß man dabei die gewöhnlichsten und hauptsächlichsten Fälle des Inhibitivprocesses im Auge gehabt habe, es kann daraus aber nicht gefolgert werden, daß derselbe nun lediglich bei streitigen Besitzverhältnissen vorkommen könne und daß der Inhibitivproceß im Übrigen und namentlich bei Vertragsverhältnissen gänzlich habe ausgeschlossen werden sollen; wie denn die Eisen. Proc. Ordnung[3]) sich der nämlichen Ausdrücke, wie „possession", „besser possessions-Recht" u. s. w. bedient, gleichwohl aber, wie bemerkt, den Antrag auf Inhibitions-Verfügung ausdrücklich und ganz allgemein auch demjenigen gestattet, welcher sich dabei auf einen klaren Vertrag zu stützen vermag. In diesen Fällen wird es aber alsdann nicht darauf ankommen,

1) a. a. O. §. 2. nr. 2.

2) Anhang. §. 21.

3) a. a. O. §. 3.

welche der streitenden Parteien ein besseres Besitzrecht bescheinigt, sondern die Entscheidung von den über das streitige Verhältniß beigebrachten Beweisen abhängig zu machen sein [1]). Als einigermaßen unterstützend mag endlich auch noch darauf hingewiesen werden, daß auch diejenigen Fälle, in welchen nach den angeführten Proc. Ordnungen Inhibitionen sine clausula verfügt werden sollen [2]), nicht von der Art sind, um sie ausschließlich auf gestörte Besitzverhältnisse und insbesondere auf Streitigkeiten über den jüngsten Besitz zu beziehen.

Das Oberappellationsgericht hat sich in nachstehender, aus dem Herzogthum S. Meiningen an dasselbe gelangten Proceßsache für die Statthaftigkeit des Inhibitivprocesses bei Vertragsverhältnissen entschieden [3]). Zwei Personen hatten ein Fabrikgeschäft gemeinschaftlich betrieben und sich dabei einer gewissen Handlungs-Firma bedient. Dieselben beabsichtigten jedoch später, das Societätsverhältniß aufzulösen, und nach einer von beiden Theilen unterzeichneten Erklärung vom 1. März 1854 hatte sich der eine der Interessenten verpflichtet, von jetzt an der Zeichnung der gemeinschaftlichen Handlungs-Firma sich zu enthalten. Derselbe machte aber später dennoch wieder von der gemeinsamen Firma Gebrauch und es sah sich daher der andere Theilhaber des Fabrikgeschäfts veranlaßt, bei Gericht den Antrag auf Inhibitions-Verfügung gegen den ersteren wegen des ferneren Gebrauchs der gemeinsamen Handlungs-Firma zu stellen, wobei sich derselbe theils auf die Erklärung vom 1. März 1854 und theils auf zwei dem Inhibitionsgesuch im Original beigefügte Scripturen des Impetraten, woraus sich die fernere Zeichnung der Handlungs-Firma durch denselben ergab, stützte. Der letztere schützte, theils unter Beziehung auf die erwähnte Erklärung vom 1. März 1854, und theils unter Berufung auf ein späteres Übereinkommen vom 11. April 1854, vor, daß das Societätsverhältniß noch nicht aufgelöst sei und daher auch die Befugniß zum Firmiren noch fortdauere. Hauptsächlich machte der Impetrat

1) Auch hier wird, je nach dem Ergebniß der beigebrachten Bescheinigung und Gegenbescheinigung, die Inhibition bestätigt oder cassirt oder in vim citationis resolvirt, so wie auch die Anstellung förmlicher Klage vorbehalten bleibt.

2) Ernst. Pr. O. a. a. O. §. 4. — Eisen. Pr. O. a. a. O. §. 5. — Altenb. Pr. O. a. a. O. §. 11. — Goth. Pr. O. a. a. O. §. 11.

3) Nr. civ. 343 von 1854. — Nach dem oben angef. Meining. Gesetz vom 10. Mai 1844. Art. 4. ist nämlich in Inhibitivsachen Oberappellation alsdann zugelassen, wenn in den beiden früheren Instanzen verschieden erkannt worden ist.

aber geltend, daß der Inhibitivproceß nur zum Schutz im Besitz, nicht aber bei Vertragsverhältnissen Statt finde. — Das Gericht erster Instanz hielt jedoch den Inhibitionsantrag für statthaft und gab dem Impetraten, nach vorher erlassenem monitorium, und nachdem derselbe, wie bemerkt, dagegen gehört worden war, auf, sich alles weiteren Unterzeichnens der gemeinsamen Handlungs-Firma bei 30 Thlr. Strafe zu enthalten, indem es zugleich Paritions- und Justificationstermin anberaumte. Auf die hiergegen von dem Impetraten ergriffene Berufung wurde jedoch der Inhibitionsantrag als unstatthaft verworfen, indem das Gericht zweiter Instanz von der Ansicht ausging, daß der Inhibitivproceß nicht bei reinen Obligationsverhältnissen, wie ein solches hier in Frage stehe, sondern nur da Statt finde, wo ein Besitz oder Quasibesitz möglich und es sich um die Störung factischer Verhältnisse handele. Gegen diese Entscheidung wendete aber der Impetrant Oberappellation ein, worauf von dem Oberappellationsgericht, theils mit Beziehung auf die Bestimmung in der Ernest. Proc. Ordnung P. II. cap. IV. §. 2. nr. 1., wonach der Inhibitivproceß auch in dem Falle, wenn gegen klare Brief und Siegel gehandelt worden, für zulässig erklärt ist, und theils mit Rücksicht darauf, daß auch die eigenthümliche Natur der Vertragsverhältnisse der Zulässigkeit des Inhibitivprocesses nicht entgegenstehe, das Inhibitiv-Decret erster Instanz wieder hergestellt wurde.

Todesanzeige.

Am 2. März starb in Folge eines gastrisch-nervösen Fiebers in noch jugendlichem Mannesalter der Großherzogl. S. Fürstl. Schwarzb. Oberstaatsanwalt v. Ekendahl aus Eisenach. In ihm verliert unsere Zeitschrift einen eifrigen Freund und geschätzten Mitarbeiter, welcher sich durch große Klarheit, Schärfe und Präcision der Darstellung, sowohl der mündlichen als der schriftlichen auszeichnete. Diese Eigenschaften verbunden mit gründlicher philosophischer Bildung und einer nicht gewöhnlichen Redegewandtheit befähigten ihn auch ganz besonders zu dem wichtigen Amt, zu welchem er — so jung an Jahren, er zählte kaum 30 als er Oberstaatsanwalt wurde — berufen war. Sit ei terra levis!

Druck und Verlag von Fr. Frommann in Jena.

Blätter für Rechtspflege
in Thüringen und Anhalt

unter Mitwirkung der Herren

Dr. G. Emminghaus, Dr. Heerwart, Dr. Heimbach,
Geh. Reg.-Rath in Weimar. Geh. Justizrath in Eisenach. OAGRath in Jena.

herausgegeben von

Reinhold Schmid,
Kreisgerichts-Assessor in Weimar.

Zweiter Band.

1855. Preis des Jahrgangs 2 Thlr. 20 sgr. Nro. 4.

Actenmäßige Darstellung civil- und criminalrechtlicher Entscheidungen.

Welcher Partei steht bei Eidesleistungen von Corporationen die Wahl der Schwurmänner zu?

Über diese in der Praxis so häufig vorkommende Streitfrage sprach sich das Kreisgericht zu Weimar in Sachen des Zimmermeisters F. zu Vollberg gegen die Gemeinde Wöllnitz für die Befugniß der schwurpflichtigen Gemeinde unter folgender Begründung aus:

„Was das Vorbringen des Klägers anbetrifft, seinerseits diejenigen Mitglieder der Gemeinde Wöllnitz zu bezeichnen, welche den der Gemeinde rechtskräftig zuerkannten Eid leisten sollen, so hat allerdings die Frage, ob in einem solchen Fall die schwurpflichtige Gemeinde oder ihr Gegner die juraturi zu ernennen habe, in der Theorie und Praxis der sächsischen Gerichtshöfe eine verschiedene Beantwortung gefunden. Das unterfertigte Kreisgericht hat sich jedoch durch die in der Eingabe vom 2. April d. J. vorgebrachten Gründe nicht bewogen finden kön-

nen, von der bereits mehrfach von demselben ausgesprochenen Ansicht abzugehen, daß der schwurpflichtigen Gemeinde die Befugniß zur Bezeichnung der Schwurmänner zustehe. Die von dem Kläger angezogene, auch in die Jenaische Hofgerichts-Ordnung von 1653 Tit. 27. übergegangene, Const. el. 13. P. I. besagt nur:

„„Von wegen einer Commun sollen drei oder vier der Ältesten, und welche um die Sache am besten Wissenschaft haben möchten die deferirten Eide leisten und sonst dazu kein Syndikus zugelassen werden,““

ohne indessen auszusprechen, wem das Wahlrecht zustehen solle? Daraus aber, daß eben nicht dem Schwurgegner diese Befugniß zugestanden wird, muß gefolgert werden, daß die Gemeinde wahlberechtigt sei, da ihr die Eidesleistung obliegt, da ferner dieselbe in der Regel besser als ihr Gegner wird beurtheilen können, wem die beste Kenntniß rücksichtlich der zu beschwörenden Thatsachen beiwohne? übrigens auch die Rechtsvertheidigung des Proceßgegners genügend dadurch sicher gestellt ist, daß er mit seinen Erinnerungen gegen die Schwurmänner gehört wird.“

Auf eingewendete Appellation erkannte das gemeinschaftliche Appellationsgericht zu Eisenach confirmatorisch und führte in den Gründen aus:

„Was die erste Frage betrifft, so gehört sie zu den bestrittensten, namentlich in der Richtung, ob die schwurpflichtige Corporation die Schwörenden zu ernennen habe oder der ihr gegenüberstehende Deferent? Der bis auf die neuesten Zeiten namentlich zwischen

Linde, Archiv für civil. Praxis Bd. 10. S. 22 fg. Bd. 13. und Zeitschrift f. Civilrecht und Proc. Bd. 15. S. 153 fg. und Bd. 18. S. 280 fg.

einerseits und

Arnold, über Eidesleistung durch Stellvertreter im Civilprocesse (Erlangen 1843)

und ferner

Huß, Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 15. S. 147 fg. und Bd. 18. S. 265 fg.

auf der anderen Seite darüber auf dem Gebiete des gemeinen Processes geführte Streit ist auch in den Landen des gemeinen sächsischen Rechts, insbesondere auch in dem Großherzogthum Sachsen durch Gesetzgebung nicht erledigt worden. Wenn die Constitutionen von 1572 im I. Thl.

Const. 13. in Ansehung der „Collegien und Communen" verordnet, daß „drei oder vier der Ältesten und welche um die Sache am besten „Wissenschaft haben möchten, die deferirten Eide leisten und sonst dazu „kein Syndikus gelassen werden soll" — eine Bestimmung, welche unverändert auch in die Jenaische Hofgerichts-Ordnung von 1653 Tit. 27., in die Ernestinische Proceßordnung von 1670 Thl. I. Cap. 9. §. 8., in die Eisenachische von 1702 Tit. 20. §. 21., in die Altenburgische von 1704 Thl. 9. Cap. 9. §. 8., in die Rudolstädtische von 1704 Thl. 2. Tit. 10. §. 11. aufgenommen worden ist —; so findet sich hierin eine directe Entscheidung unserer Frage offenbar ebenso wenig vor, als in den gemeinrechtlichen Quellen. Indeß verdient allerdings die Meinung den Vorzug, welche die Auswahl der Schwurmänner den Gemeinden vindicirt. Denn so wie das natürliche Individuum selbst zu bestimmen hat, je nach seinem Wissen, ob und wie es einen ihm zuerkannten Eid ableisten will, so hat auch die juristische Corporation nicht bloß, daß sie, sondern auch wie und durch wen sie einen ihr aufgelegten Eid ausschwören will, allein zu bestimmen. Ohne positive Bestimmung würden solche Eide von allen schwurfähigen Mitgliedern der Corporation oder doch der Mehrzahl der Mitglieder ausgeschworen werden müssen, und von einer Mitwirkung eines gegenüberstehenden Deferenten könnte hier gar nicht die Rede sein. Läßt nun aber die Gesetzgebung zu, daß die Corporationen ihre Eide durch eine bestimmte kleinere Anzahl ihrer Mitglieder schwören, mithin in der Eidesleistung sich vertreten lassen können, so muß nothwendig die Wahl der Vertreter der Corporation selbst (da es ihr Negotium ist), zustehen, und für die Mitwirkung der gegenüberstehenden Partei läßt sich, abgesehen von positiven Gesetzbestimmungen, ein rechtlicher Grund gar nicht auffinden. Auch sprechen für obige Meinung Gründe der Zweckmäßigkeit; denn nur die Corporation selbst kann am besten ihre ältesten und insbesondere diejenigen Mitglieder kennen, „welche um die Sache am besten Wissenschaft haben möchten", wie die Gesetze erfordern. Andererseits kann das dem Deferenten eingeräumte Wahlrecht zu manchen Unstatten insofern führen, als dabei leicht Personen mit der geringsten Sachkenntniß ausgewählt werden dürften, weil dieß dem Deferenten wünschenswerth sein muß. Unsere Ansicht ist auch durch die Praxis von jeher und bis auf die neueste Zeit vielfach bestätigt worden."

S . . .

Zur Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

I.

Von der Großh. Finanzprocuratur zu Weimar wurde gegen den Zimmermeister Friedr. R. zu J. eine Executionsklage auf Bezahlung von Grundstückskaufgeldern bei dem Großh. KGericht zu Arnstadt eingereicht und darin unter anderm angeführt: „Der Großh. Staatsfiscus hat seine Vertragsverbindlichkeiten durch Übergabe des Kaufgegenstandes an den Käufer erfüllt."

Die Klage ging am 8. Juni 1853 ein. Als Termin zur Übergabe des Kaufobjects war nach Ausweis des beigegebenen Kaufbriefs der 17. April 1852 festgesetzt. Daß die Übergabe wirklich geschehen, ging weder aus dem Kaufbrief hervor, noch war eine andere Urkunde zum Beweise dafür beigebracht.

Das Großh. KGericht, der Ansicht folgend, welche z. B. im Fürstenthum Schwarzb.-Sondershausen durch das Proceßgesetz vom 20. Februar 1834 auch particularrechtlich sanctionirt ist, daß das Klagrecht auf das Kaufgeld durch Erfüllung der vertragsmäßigen Obliegenheiten des Verkäufers, insbesondere durch die Übergabe des Kaufgegenstandes bedingt und eine Klage, welche diese Erfüllung nicht behaupte, resp. im Executivproceß sofort beweise, oder nach Umständen wenigstens anbiete, des Rechtsbestandes entbehre,

vgl. Sintenis, üb. die exc. non adimpl. contr. in der Zeitschrift f. Civ.R. u. Proc. Band 17. S. 292—295.

wies die erhobene Executiv-Klage wegen mangelnden Beweises der Übergabe in der angebrachten Maße ab.

Das Großh. Appell.-Gericht zu Eisenach dagegen hob auf klägerische Berufung dieses Decret wieder auf und erklärte die Klage für rechtsbeständig.

„Denn" — so lauten die Gründe — „nach der richtigen, von

Heerwart im Archiv Bd. VII. S. 335 ff.
Vangerow, Leitfaden III. §. 607.

ausgeführten Theorie über das Wesen der sog. exceptio non adimpleti contractus ist es zur Begründung der Klage aus einem zweiseitigen Vertrage nicht erforderlich, die vorgängige Erfüllung von Seiten des Klägers zu behaupten, vielmehr ist, da der Regel nach, wenn in dieser Beziehung nicht besondere Bestimmungen getroffen worden sind, mit

dem Abschluß des Vertrags für jeden der Contrahenten die Forderung aus demselben an sich begründet und fällig ist, auch die Klage durch den behaupteten Abschluß des Vertrags vollständig fundirt; es steht aber dem Beklagten frei, exceptivisch geltend zu machen, daß ihm aus demselben Vertrage eine Gegenforderung zustehe, bis zu deren Befriedigung er seine schuldige Leistung noch zurückbehalte und um diese exceptio doli zu elidiren, hat nun der Kläger replicando anzuführen und zu beweisen, daß jene Gegenforderung durch Erfüllung von seiner Seite oder auf eine andere rechtsgültige Weise getilgt sei. Hieraus folgt ganz von selbst, daß, wenn aus einem zweiseitigen Vertrag executivisch geklagt wird, die Erfüllung von Seiten des Klägers, da diese nicht zur Begründung der Klage gehört, auch nicht sofort urkundlich nachgewiesen zu werden braucht. Freilich muß der Kläger gewärtigen, daß ihm der Beklagte jene Einrede der vorher zu bewirkenden Gegenleistung entgegensetze und durch die vom Kläger zum Beweise des Klagegrundes producirten Urkunden sofort liquid mache, und es hat dann der Kläger seine Replik, daß er seine Vertragsobliegenheiten erfüllt habe oder ein anderer Befreiungsgrund für ihn eingetreten sei, ebenfalls durch Urkunden zu beweisen, wenn nicht seine Abweisung in diesem Verfahren erfolgen soll,

cf. Heerwart a. a. O. S. 350, 351.

allein auf keinen Fall kann die Klage sofort a limine zurückgewiesen werden, weil sie nicht den urkundlichen Nachweis der Erfüllung des Vertrags von Seiten des Klägers enthält, vielmehr ist erst abzuwarten, ob der Beklagte jene Einrede wirklich geltend macht, welchen Falls der Kläger den zur Elidirung derselben nöthigen urkundlichen Nachweis in der Replik zu erbringen hat [1])."

II.

Kläger K. hatte am 26. April 1849 10 Faß Branntwein, das Faß zu 410 Pfd. für 14 Thlr., zusammen also 4100 Pfd. für 140 Thlr. an den Beklagten C. in A. verkauft. Letzterer hatte sich dabei zur baldmöglichsten Übernahme und Abholung des gekauften Quantums verbindlich gemacht und auch sofort 3 leere Gebinde zur Füllung

---

1) Freilich keine angenehme Aussicht für den Kläger, der eine solche Urkunde, wenn er sie besessen, für seine oben erwähnte Übergabebehauptung der Klage alsbald beigefügt haben würde. Die Sache kam auch nicht zum weiteren processualischen Austrag, sondern wurde gütlich beigelegt. Bem. des Eins.

mit Branntwein an den Kläger überschickt, welche er mit 3583 Pfd. gefüllt zurück erhielt. Die Übersendung eines vierten Gebindes zur Aufnahme des Restes von 717 Pfd. verzögerte der Beklagte, ungeachtet ihn Kläger dazu aufforderte, bis zum 20. Juni 1849, worauf Kläger sich weigerte, den Rest zu liefern und auf Bezahlung des Kaufpreises von 115 Thlr. 15 Sgr. für die gelieferten 3383 Pfd. (oder 8 Faß 103 Pfd.), indem er nur diese Quantität als an den Beklagten zu dem Preis von 14 Thlr. für das Faß von 410 Pfd. verkauft bezeichnete, bei dem Stadtgericht zu A. Klage erhob. Der Beklagte schützte gegen seine Zahlungsverbindlichkeit vor, daß der Handel auf 4100 Pfd. abgeschlossen worden sei und Kläger den ihm abgeforderten Rückstand zu liefern sich geweigert, also den Vertrag noch nicht erfüllt habe. Hiergegen replicirte Kläger 1) daß der Kaufcontract bezüglich der übrigen 717 Pfd. durch beiderseitiges stillschweigendes Einverständniß wieder aufgehoben worden sei, weil der Beklagte der mehrmaligen Aufforderung des Klägers zur Stellung des noch erforderlichen Gebindes nicht nachgekommen und eine weitere Aufforderung dann unterblieben sei; 2) daß ihm wegen der durch die mora accipiendi, in welche Beklagter durch gedachte Aufforderungen versetzt worden, erwachsenen Forderungen an Faß- und Lagergeld und sonstigem Interesse, so lange Beklagter zur Bezahlung derselben sich nicht erboten, ein Retentionsrecht an den fraglichen 717 Pfd. Branntwein zustehe.

Das Stadtgericht zu A. erkannte hierauf für Recht:

„Würde Kläger binnen vier Wochen seinen Aufwand an Faß- und Lagergeld oder seine sonstigen Schäden, wegen des zur Zeit des Abschlusses vom Käufer nicht abgenommenen Branntweins von 717 Pfd. erweisen, so ist

a) dem Kläger das Retentionsrecht an dieser Waare bis zur völligen Befriedigung wegen der gedachten Aufwände oder Schäden zu verstatten;

b) Verklagter aber schuldig, die libellirten 115 Thlr. 15 Sgr. 6 Pf. nebst Verzugszinsen zu 5 Procent vom 27. Julius 1849 binnen 4 Wochen an den Kläger zu bezahlen, und sämmtliche Kosten zu übertragen, resp. die außergerichtlichen dem Kläger zu erstatten.

Sollte aber der Kläger den Erweis nicht, resp. nicht vollständig erbringen, so ergeht sowohl in der Hauptsache als der Kosten halber weiter was Rechtens."

Das damalige Fürstliche Landesjustizcollegium zu A. bestätigte auf Appellation des Verklagten den obigen Bescheid mit Bezugnahme auf die demselben unterlegten Gründe, welche hier übergangen werden können, und in Erwägung, daß

1) Beklagter der Einrede des nicht erfüllten Contracts sich schon um deßwillen bedienen könne, weil es an ihm gelegen, bezüglich durch ihn verschuldet worden, daß der Verkäufer den Vertrag zu der Zeit, wo er zu erfüllen war, nicht habe erfüllen können; daß
2) wie schon im vorigen Erkenntnisse bemerkt sei, der Kläger wegen und aus der mora des Käufers Ansprüche auf Leistung des Schadenersatzes aus dem Vertrage erlangt habe, welche, ehe und bevor von Seiten des Verklagten völlige Erfüllung des Vertrages prätendiret werden könne, von ihm ersetzt oder doch der Ersatz dem Kläger angeboten werden müsse.

Das Fürstliche und Gesammt-Oberappellationsgericht zu Jena dagegen wies auf ergriffene Oberberufung des Verklagten die Klage in der angebrachten Maße als unstatthaft zurück und rechtfertigte dieß durch folgende Gründe:

„Es ist der in Frage stehende Kaufcontract vom 26. April 1849, wie der Kläger eingeräumt hat, auf zehn Faß, das Faß zu 410 Pfd. Branntwein, mithin auf eine bestimmte Quantität nach Maß und Gewicht geschlossen worden. Der Kauf einer bestimmten Quantität ist aber wie der Kauf einer einzelnen körperlichen Sache für beide Theile verbindlich, sobald sie über den Gegenstand und Preis einig sind.

L. 35. §. 5. D. de emt. vend.

Glück, Erl. der Pand. 16. Bd. S. 89.

Es ist daher der Verkäufer schuldig, dem Käufer die erkaufte Quantität vollständig zu gewähren und kann mithin, wenn er nur einen Theil derselben dem Käufer übergeben hat, doch den Kaufpreis auch nur für diesen eher nicht fordern, als bis er auch den Rest dem Käufer überliefert oder wenigstens auf genügende Weise sich dazu erboten hat.

L. 11. §. 2. L. 25. D. de action. emt. vend.

Glück a. a. O. 17. Bd. S. 227.

Hat nun auch der Beklagte mit der Stellung eines Gebindes zur Aufnahme der noch nachzuliefernden 717 Pfd. Branntwein ungeachtet der von dem Kläger hierzu erhaltenen Aufforderung bis zum 20. Juni 1849 gezögert, so kann doch aus dieser Zögerung ein stillschweigendes Aufgeben seines Rechts auf die Ablieferung dieses Rests der von ihm

erhandelten Quantität ebenso wenig wie für den Kläger die Befugniß, von dem Kaufcontract in Ansehung dieses Restes abzugehen, hergeleitet werden. Denn abgesehen davon, daß in der erwähnten Verabredung ein bestimmter Tag zur Übernahme des erkauften Branntweins nicht festgesetzt, sondern nur bestimmt war, daß sie sobald als möglich geschehen solle, so hatte eines Theils der Beklagte durch die Stellung eines Gebindes zur Aufnahme des Restes, unverkennbar erklärt, daß er den Contract vollständig erfüllt haben wolle, andern Theils würde die Mora, wenn überhaupt eine schadhafte Verzögeruug in dieser Hinsicht auf Seiten des Beklagten anzunehmen wäre, doch keineswegs dem Kläger das Recht geben, von dem Contract abzugehen, indem überhaupt die Befugniß des Rücktritts von dem Contract nicht zu den rechtlichen Folgen der Mora sich rechnen läßt und auch nur in dem Falle, wenn dem Gläubiger durch den Verzug des Schuldners dessen Leistung unnütz geworden, von einigen Rechtsgelehrten dem Gläubiger diese Befugniß als Folge der Mora beigelegt wird.

Otto v. Madai, Lehre von der Mora S. 391 u. f.

Dieser Fall ist aber hier nicht vorhanden.

Endlich ist in Betreff des Retentionsrechts, welches der Kläger in seiner Replik zur Sprache gebracht hat, zu bemerken, daß der Verkäufer wegen Ersatzes des Aufwandes, den er während der Zeit, wo er die verkaufte Sache für den Käufer in Verwahrung gehabt, auf dieselbe nothwendiger Weise gemacht, diese bis zu seiner Befriedigung zu retiniren befugt ist,

L. 1. §. 3. D. de act. emt. vend.

und daher, wenn er von dem Käufer ex emto auf Übergabe der erkauften Sache belangt worden, von diesem Rechte einredeweise Gebrauch machen kann, er hat jedoch den Betrag seines Aufwandes genügend anzugeben und seine Entschädigungsforderung gehörig als Einrede zu begründen, damit darüber erkannt, und wieweit ihm wegen seines Entschädigungsanspruchs ein Retentionsrecht zustehe, festgestellt werden kann. Verlangt er aber diesen Ersatz ohne von dem Käufer auf Übergabe der erkauften Sache belangt zu sein, so muß er deßhalb Klage gegen ihn erheben, sie nicht nur gehörig begründen, sondern sich auch zur Herausgabe der Sache gegen die zu leistende Entschädigung erbieten. In dem vorliegenden Fall hat der Kläger aber weder den Betrag des Faß- und Lagergeldes noch das Interesse, was er fordern zu können behauptet, angegeben, noch erklärt, daß er gegen Entrichtung dieser

Forderung dem Beklagten den besagten Rest verabfolgen wolle. Dieses Erbieten zur Ablieferung war aber um so nothwendiger, als er behauptet berechtigt zu sein, diesen Rest zu verweigern; im Weigerungsfalle aber weder Faß= noch Lagergeld von dem Beklagten dafür verlangen kann, indem er dann diesen Aufwand zu seinem eigenen Nutzen gemacht haben würde. Jedenfalls aber gesteht der Kläger, indem er wegen des auf die besagten 717 Pfd. Branntwein gemachten Aufwandes ein Retentionsrecht in Anspruch nimmt, dem Beklagten zu, daß er ihm auf die erkaufte Quantität noch diesen Rest zu gewähren habe, woraus sich von selbst weiter ergiebt, daß, da er sich dazu in seiner Klage nicht bereit erklärt hat, diese nicht vollständig begründet ist, und folglich wenigstens in der Maße, wie sie angebracht worden, nicht zu Recht bestehen kann [1])." E. Büttner.

Erörterungen und Aufsätze über practische Rechtsmaterien.

Rechtsfall

betreffend a) die Collision der Gesetze, b) das *constitutum debiti proprii*, und c) den Begriff der *causa turpis*.

Vom Herrn GRR. Dr. Emminghaus in Weimar.

Ein Weimaraner hatte in Naumburg a. d. S. ein Zärtlichkeits=Band angeknüpft, das zu einer Klage der Schönen führte, worüber in den Jahren 1853 und 1854 das Kreisgericht Weimar, und das Appellations=Gericht Eisenach zu erkennen hatten. Wir theilen zu a — c die Ansichten des letzteren, und zu c auch die des ersteren mit.

Zu a. Es wird auf 1000 Thlr. aus Schenkungsversprechen, die im J. 1843 theils in Naumburg, theils wiederholt in Weimar vorgegangen sein sollen, libellirt. Nach der früher ziemlich allgemein angenommenen Meinung sollen die sogenannten statuta mixta, d. h. die Gesetze des Orts, wo das Rechtsgeschäft abgeschlossen wurde, zur Anwendung kommen: Thibaut Pand. §. 38. N. 2., Wening=Ingenheim Civ. B. I. §. 20. N. 4., *Huber* praelect. Ti. de legib. app. n. 4. 5. Nach

1) Einen ganz ähnlichen Fall s. in Schäffers Mittheilungen aus der Praxis in der Zeitschr. f. Civ.R. u. Proc. N. F. VIII. S. 254 ff. D. Eins.

der andern, von v. Savigny Syst. B. 8. §. 381., Gerber Priv. §. 32. vertheidigten, Lehre sollen aber über die Form, wie über die materielle Gültigkeit und die rechtlichen Wirkungen, die Gesetze des Landes entscheiden, in welchem die Verbindlichkeit, nach ausdrücklicher oder zu vermuthender Absicht der Parteien erfüllt werden sollte, womit freilich die Äußerung v. Savigny's S. 235. nicht recht vereinbarlich erscheint. Im vorliegenden Falle entscheidet indeß klar die Vorschrift des zwischen Preußen und Weimar i. J. 1824 zu Stande gekommenen Staatsvertrags über Beförderung der Rechtspflege A. 34.[1]) Es hieße den ganz allgemein lautenden Worten offenbar Gewalt anthun, wollte man sie so verstehen, daß ein nach den formellen Vorschriften des Eingehungsorts gültiges Rechtsgeschäft auch in dem andern Staate gültig sei, nach dessen Gesetzen jene Formen nicht genügten, dagegen ein nach jenen Vorschriften ungültiges Geschäft gleichwohl für gültig zu achten sei, wenn nur die in dem andern Staat vorgeschriebenen Formen beobachtet wären, so daß im ersten Fall die Gesetze des Eingehungsorts, im zweiten die des Wohnorts des Schuldners, oder die des Erfüllungsorts zur Anwendung kämen. Es wird zwar in den Gründen des untergerichtlichen Erkenntnisses dagegen erinnert, daß der fragliche Staatsvertrag keineswegs den Character habe, daß mittelst desselben die Rechtsverfolgung habe erschwert werden sollen; allein man kann es nicht eine Erschwerung der Rechtsverfolgung nennen, wenn eine Bestimmung darüber getroffen wird, ob überhaupt ein Recht entstanden sei, oder nicht. Somit hat Klägerin, da das Preuß. LandR. Th. I. Ti. XI. §§. 1063. 64. Schenkungsverträge nur, wenn sie gerichtlich abgeschlossen sind, für rechtsbeständig anerkennt, durchaus die in Weimar[2]) erfolgte Zusage und Annahme zu erweisen.

Zu b. Es ward von dem Beklagten eingewendet, sein in Weimar angeblich geleistetes Versprechen sei als besonderes, von dem frühern verschiedenes gar nicht zu betrachten, könne also auch keine selb-

1) Weim. Reg. Bl. 1824. S. 95. Er lautet, wie der nach meinem Corp. Jur. Germ. Th. II. S. 184 fg. Th. I. S. 908 fg. auch zwischen Preußen und dem Kön. Sachsen noch heute gültige A. 33. der Conventionen von 1849 und 1852: „Alle Rechtsgeschäfte unter Lebenden und auf den Todesfall werden, was die Gültigkeit derselben rücksichtlich der Form betrifft, nach den Gesetzen des Orts beurtheilt, wo sie eingegangen sind."

2) Über Weim. Recht in Betreff der Schenkungs-Insinuation s. meine Pand. d. Sächs. R. S. 142. St. 163.

ständigen Wirkungen haben. Man muß nun aber zwar zugeben, daß dieses Versprechen als constitutum debiti proprii sich ankündigt, weil es mit wörtlicher Bezugnahme auf das Naumburgische nach der Klägerin Vorbringen erfolgt sein soll; ingleichen, daß das wiederholte Versprechen zu seiner Wirksamkeit das Bestehen einer, mindestens natürlichen, Verbindlichkeit voraussetzt: l. 1. pr. §. 7. D. XIII. 5.; allein einestheils ist das außergerichtliche Schenkungsversprechen auch noch nach Preußischen Gesetzen nicht als ein verbotenes anzusehen, weil nach dem Preuß. L. R. a. a. O. §. 1065. die Zurückforderung des in Folge desselben Gegebenen nicht stattfindet; anderntheils kann das erneute Versprechen als besonderer Vertrag wirksam werden, wenn die dazu erforderliche Form beobachtet, oder die für das frühere Versprechen vorgezeichnete Form wegen veränderter Umstände nicht mehr nöthig war: arg. l. 20. D. XLV. 1., *Boehmer* de act. S. II. c. 7. §. 21., Weber natürl. Verb. §. 126.

Zu c. Die Klägerin sagte in der Klagschrift: „Herr Beklagter brachte mich durch die Zusicherung der 1000 Thlr. zu seinem Willen; er vollzog den Beischlaf mit mir." Hierauf baute Beklagter die exc. turpis causae. Indeß ohne in einer der zwei Instanzen Glück zu machen. Das Kreisgericht bemerkte hierüber: Keinegswegs läßt vermöge obigen Klagvortrags die Subsumtion unter l. 3. 4. 8. D. XII. 5., l. 6. §. 3., l. 22. §. 5. D. XVII. 1., l. 57. D. XVII. 2., l. 35. §. 1. D. XVIII. 1., l. 26. D. XLV. 1., l. 6. C. II. 3. und l. 5. C. IV. 2. sich rechtfertigen. Will man auch die Unmoralität des von einem ledigen Weibe verübten Beischlafs und weiter, daß mehr noch die Zulassung eines solchen um eines Gewinnes willen unsittlich sei, gern zugeben, so läßt doch unter obige Normen des äußern positiven Rechts bloß dasjenige Verhältniß zweier außerehelicher Concumbenten sich stellen, wobei, vermöge ihrer beiderseitigen Willenserklärungen ein Verhältniß der Correlativität zwischen den beiden Elementen der gegenseitigen Übereinkunft, welche auf eine pecuniäre Leistung gerichtet war, und zwischen der Gestattung der Unzucht, evident sich zeigt: S. Busch Recht der Geschwächten S. 190 fg. Es findet sich jedoch keine Spur in der Klagschrift davon, ob und wiefern dem Beklagten solch' eine Absicht, solch' ein Beweggrund, ja auch nur solch' ein Anlaß bei der fraglichen Schenkung vorgeschwebt habe. Nicht ausgeschlossen — und mithin nach l. 66. D. V. 1. als die richtige aufzufassen, — ist die Interpretation, daß der fragliche psychische Impuls von der Klägerin innerlich empfunden, aber

bis zur Erzählung in der Klage auch lediglich in diesem ihrem Innern verborgen geblieben sei. In Naumburg ereignete sich der Beischlaf. Das Preuß. Ld.R. Th. I. Ti. XI. bestimmt §. 1070: „Geschenke, welche zur Beförderung unerlaubter Absichten gemacht worden, sind ungültig." Diese Vorschrift gehört auch, wie v. Savigny Syst. B. VIII. S. 269. es ausdrückt, zu den „zwingenden." Aber es fehlt eben an dem Merkmale der „Beförderung einer unerlaubten Absicht," welche letztere zudem von einer „unmoralischen" im Forum sorgsam unterschieden werden muß. Auch die, nach weiterem Vorbringen in der Klage, nach gepflogenem Beischlaf bewirkte Wiederholung der Schenkung vermag es keineswegs zu rechtfertigen, daß etwa die Doctrin bei Struben Bedenk. ältere Ausgab. B. IV. S. 130, u. Schweppe Röm. Priv. Ausg. 4. §. 500. zu Gunsten Beklagtens angewendet werde. Von Struben weicht triftig dessen Herausgeber Spangenberg Bd. II. S. 233. (in Note a soll wohl c. 2. C. V. 16. angezogen werden) ab. Schweppe läßt eine Beseitigung der l. 5. D. XXXIX. 5. vermissen. Die letztere scheint mit l. 4. §. 3. D. XII. 5. zusammenzuhängen. Hauptsächlich muß aber erwogen werden, daß es hart, und der Volksansicht, wie sie in der Weimarschen Verordnung vom 13. Jun. 1786. (Schmidt Ges.S. B. II. S. 178.) Anerkennung gefunden hat, widerstrebend wäre, auf die Klägerin den Begriff einer meretrix anzuwenden: vergl. auch Woch. f. Rfälle 1852. S. 284.

Das Appellat.-Gericht fügte bei: Man muß allerdings davon ausgehen, daß ein Versprechen mit Bedingung einer der Sittlichkeit zuwiderlaufenden Gegenleistung sowohl nach letzterwähnter Stelle des Preuß. Ld.R., als nach l. 57. pr. D. XVII. 2., l. 8. D. XII. 5., l. 5. C. IV. 2. für gänzlich unwirksam zu achten sei, und auch durch Wiederholung nicht zur Wirksamkeit gelangen könne: Weber nat. Verb. S. 561. Auch steht fest, daß das Bedingen außerehelichen Beischlafs jedenfalls gegen die guten Sitten nach den Ansichten der Römer l. 4. D. XII. 5. sowohl, als unserer Zeit, verstößt, selbst wenn nicht, wie noch zur Zeit, wo das libellirte Versprechen abgegeben worden sein soll, im Großherzogthum Weimar der Fall war, jene Handlung mit Strafe bedroht ist. Wir glauben auch endlich, daß die in l. 4. §. 3. D. XII. 5. enthaltene Versagung der Rückforderung des einer Hure Gegebenen, ungeachtet der spitzfindigen Begründung des Marcellus, eigentlich doch nur Anwendung des in l. 8. D. XII. 5., l. 2. C. IV. 2. ausgesprochenen Grundsatzes ist. Gleichwohl aber läßt sich ein so beschrie-

benes Versprechen in der Klagerzählung keineswegs finden. Wenn es selbst in des Beklagten Tendenz gelegen haben möchte, die Klägerin durch seine Zusage zum Beischlafe zu bewegen, so ist doch nirgends wirklich gesagt, daß er diese Gestattung sich bedungen, und Klägerin dazu sich verpflichtet habe. Selbst die Einredeschrift begnügt sich, dieß aus dem Klagvortrag zu folgern. Die spätere Wiederholung des Versprechens aber hat eine unsittliche Handlung gar nicht bezweckt.

Übersicht der Gesetzgebung der Thüringischen Staaten.

Überblick über die neueste Landesgesetzgebung der zum OAGericht zu Jena vereinten Staaten im Gebiete des Civilprocesses und Privatrechts,

seit dem Jahre 1850 bis zum Schlusse des Jahres 1854.

Vom Herrn OAGRath Dr. Heimbach zu Jena.

Die in Folge der in den Grundrechten des deutschen Volks ausgesprochenen Principien in den meisten der zu dem OAGerichte zu Jena vereinten Staaten erfolgte Einführung des öffentlichen und mündlichen Criminalverfahrens, bezüglich auch der Schwurgerichte, hat nicht allein die Aufhebung der Patrimonialgerichtsbarkeit und des befreiten Gerichtsstandes in Bezug auf Criminalsachen zur Folge gehabt, sondern es ist auch diese Aufhebung auf Civilsachen ausgedehnt und damit eine neue Organisation der Gerichte verbunden worden. Im Herzogthume S. Meiningen war die jetzige Gerichtsverfassung jedoch im Wesentlichen schon seit dem Jahre 1829 vorhanden; in den übrigen zum OAGerichte vereinten Staaten, welche ihr Justizwesen reformirt haben, ist dieses zugleich mit der Reform des Criminalverfahrens seit dem Jahre 1850 geschehen. Die so bedeutenden Veränderungen in der Gerichtsverfassung sind zugleich mit nicht weniger bedeutenden Abänderungen des Civilverfahrens verbunden gewesen. Aber auch auf dem Gebiete des Privatrechts ist, zum Theil in Folge der Grundrechte, die Landesgesetzgebung sehr fruchtbar gewesen. Der Verfasser, durch sein Lehrfach auf der Universität Jena, so wie durch seine amtliche Stellung als nichtacademisches Mitglied des höchsten Gerichtshofs veranlaßt, sich in fortdauernder Bekanntschaft mit der Gesetzgebung der einzelnen Länder zu erhalten, hält es dem Zweck dieser Zeitschrift für angemessen, einen Überblick der Landesgesetzgebungen auf dem Gebiete des Civilprocesses und des Privatrechtes seit dem Jahre 1850 zu geben, und er hat sich, vom Herausgeber der Zeitschrift dazu aufgefordert, um so lieber dazu entschlossen, je mehr ein solcher Überblick seinen früheren

Arbeiten dieser Art auf beiden Gebieten entspricht. Er wird dabei so verfahren, daß er die erschienenen Gesetze nach den Materien, welche sie betreffen, sondert, den Inhalt kurz bespricht, seine Bedenken über einzelne Bestimmungen äußert, da, wo es wegen Übereinstimmung der Gesetze mit anderen, deren Inhalt er bereits in seinen früheren Arbeiten angegeben hat, möglich ist, der Kürze halber auf diese verweist und nur die abweichenden Bestimmungen der neuesten Gesetze erwähnt. Die Gesetze werden nach dem Inhalte, je nachdem sie den Civilproceß oder das Privatrecht betreffen, gesondert.

I. Civilproceß.

A. Gerichtsverfassung, Instanzenzug und Rechtsmittel.

Die neuesten diesen Gegenstand betreffenden Gesetze sind das Weim. Eis. Ges. über die Zuständigkeit der Gerichte und über den Instanzenzug in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 15. März 1850. Sondersh. Ges. v. 5. April 1850. Rudolst. Ges. v. 1. Mai 1850. Mein. Ges. über die für die Rechtspflege bestellten Behörden v. 22. Juni 1850 und Ausführungsverordnung von demselben Tage. Altenb. Ges. v. 25. Februar und Verordnung v. 6. Juli 1854. Dess. Verordnung v. 26. Juli 1850.

Der der neuen Gerichtsorganisation zum Grunde liegende Plan war schon in dem Entwurf der thüringischen Strafproceßordnung vorgezeichnet. Für Strafsachen sollten als Gerichtsbehörden je nach dem Grade der Schwere der strafbaren Handlung, welche hauptsächlich nach der in thesi darauf gesetzten Strafe bemessen wurde, bestehen Einzelrichter, Kreisgerichte, Appellationsgericht bezüglich Gerichtshof mit Zuziehung von Geschworenen, endlich das OAGericht als Cassationshof. In dieser Maße sind denn auch für Strafsachen die Gerichtsbehörden bestellt worden, außer im Herzogthum S. Altenburg, wo an die Stelle der Kreisgerichte Criminalgerichte eingesetzt sind, welche in höherer Instanz über die von den Einzelrichtern abgeurtheilten Vergehen erkennen, bei Verbrechen die Voruntersuchung führen und über die Versetzung in den Anklagestand entscheiden, bei Verbrechen zweiter Classe nach vorgängiger Hauptverhandlung auch definitiv erkennen. Dieselbe Stufenleiter der Gerichte, Einzelrichter, Kreisgerichte, Appellationsgericht und OAGericht ist auch für streitige Civilsachen beibehalten. Die Competenz der Einzelrichter und der Kreisgerichte ist in der Art bestimmt, daß an erstere die minderwichtigen und die diesen gesetzlich gleichgeachteten Sachen, an letztere die wichtigen Sachen gewiesen sind, überhaupt die Kreisgerichte als zuständige Gerichte erster Instanz für alle Sachen erscheinen, welche nicht ausdrücklich den Einzelrichtern zugewiesen sind. Wenn man auch im Allgemeinen diese Regulirung der Competenz beider nicht als unzweckmäßig verwerfen will, weil sie davon ausgeht, daß eine collegiale Entscheidung nur bei wichtigen Sachen angemessen, bei minderwichtigen aber unzweckmäßig erscheine, weil der dadurch herbeigeführte Aufwand an Zeit und Kraft mit der geringen Be-

deutung des Objects nicht im geeigneten Verhältniß stehe, so kann man doch folgende Bedenken dagegen nicht unterdrücken. Durch die Verweisung aller wichtigen Sachen an die Kreisgerichte, wird den Parteien, welche nicht am Orte des Kreisgerichtssitzes wohnen, deren persönliche Gegenwart aber dort bei gewissen Terminen nothwendig ist, ein unverhältnißmäßiger Zeit- und Kostenaufwand verursacht, namentlich wenn die Kreisgerichtsbezirke einen so bedeutenden Umfang haben, wie im Großherzogthume; es liegt darin für die Parteien eine Erschwerung der Rechtspflege, welche sich mit den Anforderungen an eine wohlgeordnete Justizverfassung nicht verträgt. Durch Auftrag an Einzelrichter zur Abhaltung einzelner Termine kann zwar in einzelnen Fällen geholfen werden; es ist aber auch dieses nur ein unzureichendes Auskunftsmittel, zumal da regelmäßig um einen solchen Auftrag erst nachzusuchen sein wird. Dann können gewisse Rechtssachen, welche nicht zu den minderwichtigen gehören, von einem von dem Orte, wo die betreffende Person wohnt oder deren Vermögen sich befindet, entfernten Gerichte, welchem alle Bekanntschaft mit den Parteien und deren Vermögensverhältnissen abgeht, nie so gut, zweckmäßig und ersprießlich verhandelt und geleitet werden, wie von dem Einzelrichter des Wohnorts. Man hat hier besonders die Concurssachen im Auge. Auch hier kann zwar dadurch geholfen werden, daß dem Einzelrichter Auftrag ertheilt wird; allein auch dieß ist unzureichend und kann zu Inconvenienzen führen. Unseres Bedünkens wäre es zweckmäßiger gewesen, wenn man den Einzelrichtern auch die Leitung der wichtigen Sachen übertragen hätte. Der Vortheil der collegialen Entscheidung könnte hinreichend dadurch erreicht werden, daß nach dem Schlusse eines jeden Verfahrens die Acten zur Abfassung des Erkenntnisses an das Kreisgericht eingesendet würden. Es wäre dann zwar die Proceßleitung und die Entscheidung verschiedenen Behörden übertragen gewesen, allein darin lag kein Nachtheil für die Sache selbst, da die Trennung der Proceßleitung von der Entscheidung in Folge des Institutes der Actenversendung Jahrhunderte lang bestanden hat und die Unzukömmlichkeiten, welche dieses Institut mit sich führte, wie die zu großen Kosten des Erkenntnisses und die Entwöhnung der Richter von selbständiger Entscheidung, theils durch die vorgeschlagene Einrichtung vermieden werden, theils deßhalb nicht eintreten, weil die Einzelrichter mit der Entscheidung der minderwichtigen Sachen zu thun haben, welche nicht mindere Rechtskenntniß und Urtheilskraft erfordert, als die der wichtigen Sachen. Außerdem daß die Kreisgerichte mit der Leitung und Entscheidung wichtiger Sachen zu thun haben, bilden sie im Großherzogthume und in den Schwarzburgischen Fürstenthümern auch die zweite Instanz in minderwichtigen Sachen bei einem Betrag der Beschwerden von 5 bis unter 25 Thalern und die nächste dienstliche Aufsichtsbehörde für die Einzelrichter. Diese Einrichtung scheint auch nicht recht zweckmäßig zu sein; passender ist unseres Erachtens die Übertragung der zweiten Instanz ohne Unterschied zwischen wich-

tigen und minderwichtigen Sachen an das Appellationsgericht, wie dieses in S. Meiningen und Anhalt=Dessau der Fall ist. Das Hauptbedenken gegen die Übertragung der zweiten Instanz an verschiedene Behörden ist, daß sie die Bildung eines gleichförmigen Gerichtsgebrauches in demselben Lande geradezu unmöglich macht. Denn es kann nicht fehlen, daß bei den vielfachen bei minderwichtigen Sachen nicht weniger, als bei wichtigen, vorkommenden Controversen das eine Kreisgericht so entscheidet, während das andere der entgegengesetzten Ansicht folgt.

Die zulässigen Rechtsmittel anlangend, so findet im Großherzogthume und in den Schwarzburgischen Fürstenthümern bei einem Streitgegenstande unter 5 Thalern gar kein Rechtsmittel Statt; bei einem höhern Betrage der Beschwerden in minderwichtigen Sachen entscheidet, je nachdem die Beschwerde unter 25 Thalern beträgt, oder diese Summe erreicht, das Kreisgericht oder das Appellationsgericht auf Berufung in letzter Instanz; in Kreisgerichtssachen steht, wenn der Gegenstand der Beschwerden unschätzbar ist oder mindestens 25 Thaler erreicht, Berufung an das Appellationsgericht zu; insoweit dasselbe das kreisgerichtliche Erkenntniß bestätigt, ist ein weiteres ordentliches Rechtsmittel ausgeschlossen; bei abändernden Erkenntnissen findet, wenn der Gegenstand der Beschwerden unschätzbar ist oder die Oberappellationssumme von 100 Thalern erreicht, regelmäßig Oberappellation Statt. Die Beschränkung auf zwei Instanzen in minderwichtigen Sachen kann durch die Geringfügigkeit des Objects, wenn gleich die Summe, welche darüber entscheidet, ob ein wichtiger oder minderwichtiger Gegenstand vorliege, gegen früher bedeutend erhöht ist, geboten erscheinen; indessen erscheint es inconsequent, diese Beschränkung auch dann eintreten zu lassen, wenn in zweiter Instanz abändernd erkannt worden ist, da in wichtigen Sachen die dritte Instanz solchenfalls verstattet wird. Die Mein. und Goth. Gesetzgebung ist hier vorzuziehen. Erstere gestattet in minderwichtigen Sachen, wozu alle nicht über 300 fl. rhein. betragenden gehören, gegen zweitinstanzliche Erkenntnisse, welche den Endbescheid erster Instanz in der Hauptsache abändern, der dadurch beschwerten Partei, sofern der Gegenstand ihrer Beschwerden, ohne Einrechnung von Zinsen und Proceßkosten, den Betrag von 100 fl. übersteigt, Oberappellation [1]). Letztere läßt im unbestimmten summarischen Processe, in welchem alle Sachen, welche nicht über 100 Thaler betragen, und eine Menge anderer Rechtsangelegenheiten verhandelt werden, gegen ein zweitinstanzliches Erkenntniß, welches den Endbescheid erster Instanz in der Hauptsache abändert, Berufung an das OAGericht zu [2]). Das in wichtigen Sachen in der Weimarischen und Schwarzburgischen Gesetzgebung adoptirte Princip der duae conformes hatte die Gothaische Gesetzgebung bei In=

1) Mein. Ges. v. 1. Mai 1846. Art. XI.

2) Goth. Ges. über den unbest. summar. Proceß v. 12. Oct. 1837. §. 74. 75.

terlocuten in Ordinarsachen schon früher, bei Enderkenntnissen nicht [1]); neuerdings ist dasselbe Princip in S. Altenburg für die nicht im unbestimmten summarischen Processe zu verhandelnden Sachen angenommen worden [2]). Wir können dasselbe nicht billigen. Abgesehen davon, daß dasselbe mit dem auch in der Bundesacte Art. XII. anerkannten Rechte der Parteien auf drei Instanzen nicht wohl in Einklang gebracht werden kann, ist es für die Gerichte und die Parteien unter allen Umständen von höchstem Interesse, die Ansichten des höchsten Gerichtshofs über streitige Rechtsfragen zu erfahren, und darum können wir es nicht für zweckmäßig erachten, dessen Zuständigkeit in wichtigen Sachen davon abhängig zu machen, ob der Richter zweiter Instanz die Ansicht des Richters erster Instanz theilt oder nicht. Wenn auch die Übereinstimmung zweier Instanzen in einem Punkte Bürgschaft für eine reifliche Erwägung der Sache um so mehr leistet, als nach der jetzigen Einrichtung in wichtigen Sachen auch in erster Instanz ein Richtercollegium erkennt, so hat doch bei der früheren Einrichtung, wo drei Instanzen regelmäßig Statt fanden, die Erfahrung gelehrt, daß der höchste Gerichtshof sehr häufig die Ansichten der früheren Instanzen nicht getheilt und ganz anders erkannt hat, aus Gründen, welche bei den früheren Verhandlungen und Entscheidungen vielleicht nicht einmal zur Sprache gekommen waren und doch für entscheidend erachtet werden mußten. Gegen die Möglichkeit, daß das OAGericht eine von den früheren Erkenntnissen ganz abweichende Entscheidung fällen werde, stand dem Oberappellaten die Berufung auf auswärtiges Erkenntniß nach §. 16. der Jenaischen OAGOrdnung zu, wodurch er dann, wenn dieses reformatorisch ausfiel, eine Zwischeninstanz erhielt, indem ihm gegen die auswärtige abändernde Entscheidung Oberappellation verstattet war. Die Wiederherstellung dieser Einrichtung möchten wir für zweckmäßig erachten, jedoch mit der Abänderung, daß zur Vermeidung des häufig über die Frage, ob zwei gleichförmige Entscheidungen vorliegen und der Fall sich zur Einholung auswärtigen Erkenntnisses nach §. 16. der OAGOrdnung eignete, entstandenen besonderen Streits dem OAGericht selbst sofort die Entscheidung über jene Frage und die Einholung auswärtigen Erkenntnisses anheim gestellt werde. Soll das Princip der duae conformes beibehalten werden, so dürfte es nur mit der Beschränkung geschehen, daß es nur hinsichtlich solcher Punkte Statt finde, welche für das Enderkenntniß nicht präjudicirlich sind und daß es überhaupt für die Endentscheidung ganz in Wegfall komme. In dieser Art hat die Meiningensche Gesetzgebung dieses Princip adoptirt [3]), sie geht aber noch weiter, indem sie sogar gegen abändernde Entscheidungen zweiter Instanz,

1) Goth. Ges. über den ordentlichen Proceß v. 12. October 1837. §. 12—16.

2) Altenb. Ges. v. 14. October 1852. §. 35—37.

3) Mein. Ges. die Beschränkung der Appellationen an die dritte Instanz betr. v. 10. Mai 1844.

welche Beweisartikel oder Beweismittel zulassen, Fristen bewilligen, Fragstücke zulassen oder verwerfen, Oberappellation ausschließt, woraus jedoch für das Enderkenntniß kein Präjudiz entsteht [1]). Hinsichtlich des in zweiter Instanz erkannten Haupteides ist dadurch geholfen, daß die Leistung des zuerkannten Eides auf Antrag bis zur Enderkenntniß ausgesetzt werden kann.

B. Verfahren.

Außer dem Altenb. Ges. zur Abkürzung und Verbesserung des Proceßverfahrens in Civilstreitigkeiten v. 14. October 1852, dessen Inhalt bereits an einem anderen Orte von uns referirt worden ist [2]), sind die wichtigsten neuesten legislativen Erscheinungen auf dem Gebiete des Proceßrechts folgende im Fürstenthum Reuß älterer Linie erlassenen Gesetze:

1) Verordnung, einige Abänderungen im Verfahren in den, nicht nach dem Gesetze über unbestimmten summarischen Proceß zu behandelnden, bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betr. v. 30. December 1852.

Dieses Gesetz hat das bisherige Verfahren, welches auf der alten kursächsischen Proceßordnung und dem Mandate vom 8. Januar 1825 beruhte, vereinfacht und mehrere zweckmäßige Bestimmungen getroffen, deren wir kurz gedenken wollen. Der bisher, namentlich im ersten und im Productions- und Reproductionsverfahren, gebräuchliche Provocationssatz soll durchgehends wegfallen; bei vorkommender Versäumniß einer Proceßhandlung soll der in der Ladung angedrohte Rechtsnachtheil von selbst und ohne daß es einer vorgängigen Provocation oder einer nachfolgenden Ungehorsamsbeschuldigung bedarf, eintreten und dieß auch auf den Concurs- und Edictalproceß Anwendung leiden. Das rechtliche Verfahren ist auf drei Sätze, den Einrede- und Einlassungssatz, die Replik und Duplik beschränkt; ersterer ist binnen 7 Tagen nach dem Termine, der zweite Satz in den nächsten 14 Tagen darauf, der dritte binnen weiterer 7 Tage bis Nachmittags 4 Uhr des betreffenden letzten Fristtags bei Verlust des einzubringenden Satzes bei Gericht einzureichen. In diese Fristen werden einfallende Sonn- und Festtage nicht eingerechnet. Jeder zeitig eingebrachte Satz wird, nachdem er zuvörderst zu den Acten geschrieben worden ist, dem gegentheiligen Sachwalter mit darauf zu bringender Bemerkung über die Zeit der Abgabe behufs der Beantwortung, die Duplik zur Kenntnißnahme, zugestellt, und von dem auf die Zustellung folgenden Tage beginnt die Frist für den folgenden Satz. Ausnahmsweise werden im Klagverfahren noch dann eine Triplik und Quadruplik zugelassen, wenn in der Duplik neue Thatsachen vorgebracht werden. Solchenfalls hat das Gericht den Inrotulationstermin, welcher sonst gleich in der Ladung zu dem ihm unmittelbar vorangehenden Haupttermine anzusetzen ist, von Amtswegen aufzunehmen und unter gleichzeitiger Bestimmung angemessener Fristen für die noch einzubringenden Sätze zu verlegen. Verlängerung der Fristen zur Absetzung

1) Ebend. Art. 3.

2) Heimbach Lehrb. des sächs. bürgerl. Processes Bd. 2. S. 587 f.

des rechtlichen Verfahrens ist für jeden Satz nur einmal aus anzuführenden und zu bescheinigenden triftigen Gründen gestattet; die neue Frist beginnt sofort mit Ablauf der gesetzlichen Frist, auch wenn die richterliche Verfügung auf das Fristgesuch später erfolgt, und darf regelmäßig nicht mehr Zeit in sich fassen, als die betreffende gesetzliche Frist. Der Eidesantrag über die in der Klage angeführten Thatumstände ist bei Verlust dieses Beweismittels in der Klage zu gebrauchen, so wie überhaupt jede Partei über Thatumstände, welche sie im Klagverfahren vorbringt, sofort in dem Satze, welcher dieses Vorbringen enthält, den Eid deferiren muß, bei Vermeidung des gleichen Rechtsnachtheils. Der Delat hat sich in seinem darauf folgenden Satze auf die, außerdem für zugestanden zu achtenden bezüglichen Angaben seines Gegners deutlich und bestimmt einzulassen und zugleich über Annahme oder Rückgabe des Eides oder etwa zu unternehmende Gewissensvertretung zu erklären; bei unterbleibender Erklärung wird der Eid für angenommen erachtet. Die bisher für Ladungen zu Terminen und für die Einreichung von Beweisen und Gegenbeweisen bestimmten sächsischen Fristen sind, unbeschadet der im Hülfsverfahren bestehenden Fristen, auf Fristen von 30 Tagen beschränkt. Die Untersiegelung der Proceßvollmachten ist aufgehoben.

2) Gesetz über den unbestimmten summarischen Proceß und das Rechnungsverfahren v. 24. December 1852 [1]).

Das Gesetz zerfällt in drei Abtheilungen; die erste handelt über den Umfang minder wichtiger Rechtssachen und das bei ihrer Verhandlung zu beobachtende Verfahren, die zweite vom Verfahren in geringfügigen Rechtssachen, die dritte vom Verfahren in Rechnungssachen. Minderwichtig sind a) alle Rechtssachen, deren Gegenstand über 20 Thaler und nicht mehr als 100 Thaler Hauptwerth, oder über 24 Sgr. und nicht mehr als 4 Thaler jährlicher Nutzungswerth beträgt, soweit sie nicht im Wechsel- oder Executivprocesse zu verhandeln sind; b) Streitigkeiten über den jüngsten Besitz, auch wenn deren Gegenstand mehr als 100 Thaler werth ist; c) Gesuche um Sequestration eines Streitgegenstandes, d) Streitigkeiten wegen gehöriger Herstellung und Gewährung verpachteter Gegenstände, soweit der Anspruch des Pachters aus einem anerkannten oder der Anerkennung nicht bedürfenden Pachtcontracte hervorgeht, e) Gesuche um Aufhebung von Pachtverträgen jeder Art wegen nicht berichtigten Pachtgeldes oder wegen übler Bewirthschaftung des Pachters, sofern für diese Fälle in dem schriftlichen Pachtcontracte die Auflösung des Vertrags und die Exmission des Pachters bedungen ist, f) Baustreitigkeiten, g) Provocationsprocesse, h) Dotations- und Alimentationssachen, ingleichen bloße Alimentationssachen, Verlöbniß- und solche Ehesachen, welche nicht gänzliche Ehetrennung betreffen. Nicht bloß Geld-

1) Vergl. die Berichtigung zu diesem Gesetze in dem Publicandum der F. Landesregierung zu Greiz v. 18. März 1853. G.S. v. 1853. S. 115.

forderungen, sondern alle andere schätzungsfähige Gegenstände sind unter den Begriff minderwichtiger Rechtssachen zu stellen. Bei Berechnung des Werthes eines Streitgegenstandes kommen Nebenforderungen an Zinsen, Nutzungen, Schäden und Kosten, wenn sie nicht neben dem Hauptanspruch allein und besonders eingeklagt werden, nicht in Ansatz. Der Werth des streitigen Gegenstandes, sei er beweglich oder unbeweglich, ist regelmäßig nach dem letzten Kaufpreise desselben zu bestimmen; bei inmittelst eingetretener Veränderung des Werths oder in Ermangelung eines zum Anhalte dienlichen Kaufpreises wird der Gegenstand taxirt, wenn die Parteien sich darüber nicht einigen können, ob er wichtig oder minder wichtig sei. Bei cumulirten Klagen, mögen sie auf demselben oder auf verschiedenen Klaggründen beruhen, entscheidet der Gesammtbetrag sämmtlicher Forderungen. Subjective Klagenhäufung ist auch in minderwichtigen Rechtssachen unstatthaft. Bei Streitobjecten, deren Werth nicht über 100 Thaler beträgt, findet zwar das possessorium summariissimum als selbständiges Rechtsmittel Statt; es geht aber sofort in das Petitorium über, wenn petitorische Einreden vorgeschützt werden. Verfahren überhaupt. Die erste Entscheidung ist in der Regel definitiv. Inländer sind vom Kostenvorstande frei. An die Stelle der im ordentlichen Processe bisher bestehenden sächsischen Fristen treten 14tägige Fristen. Alle Fristen und Termine sind peremtorisch; es ist nur eine einmalige Aufnahme, bezüglich Verlängerung aus anzuführenden und zu bescheinigenden triftigen Gründen von Seiten jeder Partei zulässig. Der Richter hat die ohne Rechtsbeistand auftretenden Parteien über die Erfordernisse ihrer Anträge und über die angedrohten Rechtsnachtheile in jedem Abschnitte des Verfahrens zu belehren und über unstatthafte Anträge sie zu verständigen, auch bei lückenhaften undeutlichen Vorträgen in jeder Lage des Processes das Recht und die Pflicht, zweckdienliche Fragen an die Parteien zu richten, unter der Androhung, daß bei deren Nichtbeantwortung binnen der bestimmten Frist das der befragten Partei Nachtheilige für wahr angenommen werden solle. Sinkt ein wichtiger Klaggegenstand im Laufe des Processes zu einem minderwichtigen herab, so tritt das für minderwichtige Sachen bestimmte Verfahren ein. Klage. Die Klage kann schriftlich oder mündlich angebracht werden. Findet der Richter die Klage unschlüssig oder undeutlich, so hat er den Kläger darüber zu belehren und den Mängeln durch Stellung von Fragen abzuhelfen: auf eine von einem Sachwalter verfaßte fehlerhafte Klage ist schriftlich zu eröffnen, was zu deren Vervollständigung noch fehle, bevor darauf verfügt werden könne. Die Klage muß zugleich die Angabe der Beweismittel und des durch ein jedes zu erweisenden Punctes enthalten; von Urkunden ist Abschrift beizufügen; Editionsgesuche sind mit der Klage zu verbinden; wird der Editionseid geschworen und dadurch die Edition unmöglich gemacht, so kann der Kläger zum Zeugenbeweise oder Eidesantrage greifen. Über die Vorschriften wegen sofortiger Anzeige und bezüglich Beibringung der Beweis=

mittel hat der Richter den ohne Rechtsbeistand auftretenden Kläger zu belehren, namentlich darüber, daß er die Urschrift der einstweilen von ihm in Abschrift übergebenen Urkunde im Verhörstermin vorlegen müsse. Ladung. Der Beklagte ist unter abschriftlicher Mittheilung der Klage und deren Beilage zum persönlichen Erscheinen und zur Pflegung der Güte bei 1 Thaler Strafe und für den Fall der Vergeblichkeit der Gütepflegung zur Vernehmlassung auf die Klage bei Strafe des Eingeständnisses und der Überführung, auch zur Anerkennung der der Klage beigefügten Urkunden bei Vermeidung des anzunehmenden Anerkenntnisses, bei gesuchter Edition auch zur Edition und Anerkennung im Termine oder Ableistung des Editionseides unter denselben Präjudizen, wie im ordentlichen Processe, vorzuladen; auch ist ihm aufzugeben, seine Einreden und deren Beweismittel bei Verlust derselben im Termine anzuzeigen, auch die etwaigen Beweisurkunden mit zur Stelle zu bringen. Der Kläger wird bloß mittelst Bestellzettels bei 1 Thaler Strafe geladen. Zur Begründung eines Editionsantrags oder des Antrags auf Ableistung des Editionseides bedarf es weder unter den Parteien noch gegen Dritte des Nachweises der Vermuthung des Besitzes. Auch sind sich die Parteien gegenseitig ohne Unterschied zur Edition verpflichtet (§. 24—26.). Verhörstermin und Aufnahme des Beweises und Gegenbeweises. Nicht über 4 Stunden im Umkreise von dem Gerichtsorte entfernt wohnende Parteien sollen sich in Person im Termine einfinden; doch werden gehörig legitimirte Bevollmächtigte statt ihrer zugelassen. Des Beistandes eines Anwaltes sich im Termine zu bedienen ist unter allen Umständen gestattet. Das Ausbleiben des Beklagten im Verhörstermine bewirkt dessen Verurtheilung. Der ausbleibende Kläger hat nebst der verwirkten Strafe die erwachsenen Kosten allein zu bezahlen, auch dem Beklagten auf dessen Antrag die Wege- und Zehrungsgebühren zu erstatten. Eine weitere Fortstellung der Sache findet nur auf Antrag einer Partei Statt, und es ist dann ein anderweiter Termin anzusetzen, der Beklagte dabei auf die frühere Ladung zu verweisen, der Kläger aber dazu bei Verlust des Klagrechts vorzuladen und auf dieses Präjudiz bei wiederholtem Ungehorsam desselben zu erkennen. Bei dem Ausbleiben beider Theile im Termine ruht die Sache bis auf weiteren Antrag; der Kläger trägt einstweilen die Gerichtskosten. Ist unter den erschienenen Parteien die Gütepflegung vergeblich, so ist die Klage vom Gericht mit dem Beklagten, dafern dieser keine schriftliche Klagbeantwortung übergiebt, Punct für Punct durchzugehen, und es sind dessen Antworten so wie die Einreden zu protocolliren. Einer förmlichen Einlassung bedarf es nicht, jede deutliche und bestimmte Antwort genügt. Eben so ist der Kläger wegen seiner Repliken auf die Antworten und Einreden des Beklagten zu befragen, und so auch wieder der Beklagte über die Repliken. Die wechselseitigen Erklärungen und Antworten der Parteien sind ohne besondere Androhung bei Strafe des Eingeständnisses zu bewirken. Nach wechselseitigem Gehör sind

die Parteien zur Angabe ihrer Beweismittel hinsichtlich der nicht eingeräumten erheblichen Thatsachen, sofern der Kläger solche nicht schon in der Klage bewirken mußte, bei Vermeidung des Ausschlusses mit den nicht angegebenen, aufzufordern. Anlangend die Zeugen, so finden besondere Fragstücke nicht Statt; Product kann aber die den Zeugen vorzulegenden Fragen zu Protocoll geben. Die Zeugen werden mündlich geladen und abgehört. Behörden des Inlandes müssen sich ihre Gerichtsunterthanen wechselseitig zur Vernehmung stellen. Die Vernehmung der Zeugen folgt ohne Beisein der Parteien. Zuvörderst legt der Richter dem Zeugen gewisse im Gesetz bestimmte Generalfragen vor, dann die einzelnen Thatangaben, worüber er aussagen soll, Punct für Punct, und schreibt die Aussagen mit des Zeugen Worten in directer Rede nieder. Nach Vorlesung und Genehmigung des Protocolls wird der Zeuge auf die Wahrheit seiner Aussage vereidet und hat dann das Protocoll zu unterschreiben. Die Vernehmung offenbar unzulässiger Zeugen ist zu unterlassen; solche, welche ungeachtet der Einwendungen des Producten nicht offenbar unzulässig erscheinen, werden abgehört; über die gegen sie gemachten Einwendungen haben sie sich auf Vorhalt zu erklären, und die Würdigung ihrer Beweistüchtigkeit bleibt dem Endbescheide vorbehalten. Die beiderseits urschriftlich zu producirenden Urkunden hat der Gegner anzuerkennen oder sich sofort zur eidlichen Ableugnung zu erbieten, bei Vermeidung des anzunehmenden Anerkenntnisses. Versäumt eine Partei, die Urkunden mit zur Stelle zu bringen, so ist auf Kosten derselben ein besonderer Termin zur Production und Anerkennung anzusetzen. Über Einreden, Repliken und Dupliken müssen sich die Parteien des Eidesantrags bei dessen Verlust im Verhörstermine bedienen. Der Delat hat sich sofort im Termine über Annahme oder Zurückgabe des Eides oder die Wahl der Gewissensvertretung zu erklären und letzteren Falls sofort seine Beweismittel bei Verlust dieser Beweisführung anzugeben; bei dem Mißlingen dieses Beweises findet ein Regreß zu dem angetragenen Eide nicht Statt. Ein Gefährdeeid darf dem Deferenten nicht abgefordert und nicht auferlegt werden. Sachverständige können von Amtswegen oder auf Antrag einer Partei befragt werden; die Wahl steht in beiden Fällen lediglich dem Gericht zu, wenn nicht beide Parteien auf einen bestimmten Sachverständigen compromittiren, wovon sie dem Gericht zeitig Anzeige zu machen haben. Gerichtliche Besichtigung findet sowohl von Amtswegen, als auf Antrag Statt; die Parteien sind dazu mündlich oder mittelst Bestellzettels vorzuladen. Die Beweismittel können unbedingt nur bis zum Verhörstermine verändert werden; eine spätere Veränderung gilt als Klagänderung, daher hat Kläger solchenfalls die Kosten zu erstatten und einen neuen Verhörstermin auszubringen. Der Eidesantrag darf aber selbst aus dem Gesichtspuncte der Klagänderung nur so lange zurückgenommen werden, als er nicht vom Beklagten angenommen oder referirt worden ist. (§ 27—44.) **Schriftliches Verfahren als Ausnahme.** Ein solches kann das Ge-

richt von Amtswegen oder auf Antrag der Parteien anordnen oder nachlassen, wenn die Parteien die ihnen vorgelegten Fragen nicht sofort genügend zu beantworten und die zu vollständiger und genauer Darlegung des Verhältnisses erforderliche Auskunft nicht sofort zu geben vermögen, oder andere erhebliche Gründe dazu vorliegen. Wird ein solches schriftliches Verfahren verstattet, so hat der Beklagte zur Einlassungsschrift eine im Termine ihm zu bewilligende Frist von 7, höchstens 14 Tagen; zur Replik und Duplik werden je 7 Tage verstattet; die Frist zu einem Satze läuft von der Zufertigung des zu beantwortenden gegentheiligen Satzes. Hinsichtlich des Inhaltes der Sätze und der Angabe der Beweismittel, so wie der Erklärung darauf gilt dasselbe, wie bei der mündlichen Verhandlung. Nach dem Schlusse des schriftlichen Verfahrens ist ein Productionstermin anzusetzen. Ist schriftliches Verfahren verstattet worden, so ist jeder Partei, außer wenn bloß der Eidesantrag als Beweismittel gebraucht ist oder der Streit nur Rechtsfragen betrifft, die Einreichung einer Hauptschrift binnen einer, beiden Theilen gemeinschaftlichen, unerstreckbaren Frist von höchstens 14 Tagen nachzulassen; hat bloß mündliches Verfahren Statt gefunden, so bedarf es dazu besonderer erheblicher Gründe (§. 45—50.) Entscheidung. Die Entscheidung ist in der Regel vom Gerichte selbst mit kurzer Einschaltung oder Anfügung der Entscheidungsgründe zu ertheilen; doch kann auch auswärtiges Erkenntniß aus erheblichen zu den Acten zu bemerkenden Gründen eingeholt werden. Das Erkenntniß muß sofort definitiv sein; kann aber durch Leistung eines Eides bedingt werden. Letzteren Falls ist der Eid seinem wesentlichen Inhalte nach gleich im Bescheide vorzuschreiben. In der Regel sind auch die Folgen der Eidesverweigerung zugleich im Bescheide mit auszusprechen; doch ist dieß nicht unbedingt nöthig. Der Bescheid soll regelmäßig im Verhörstermin abgefaßt und eröffnet werden; doch kann in schwierigen und bedenklichen Fällen auch ein besonderer Publicationstermin angesetzt werden (§. 51—54.). Rechtsmittel. In minderwichtigen Sachen finden nur zwei Instanzen Statt; in den vor den Untergerichten in erster Instanz verhandelten steht gegen die Entscheidung Berufung an die Landesregierung, in den vor der Landesregierung oder dem Consistorium unmittelbar anhängigen Sachen Leuterung zu auswärtigem Erkenntnisse zu. Das Rechtsmittel ist sogleich bei der Einwendung vollständig zu deduciren; die Einwendungsschrift ist dem Gegner sofort in Abschrift mitzutheilen. Untergerichte haben längstens binnen 14 Tagen vom Eingange der Appellation die Acten mittelst Berichts an den Oberrichter einzusenden; einer Benachrichtigung vom Berichtsabgange an die Parteien bedarf es nicht. Eine Widerlegungsschrift ist vom Gegner binnen 3 Wochen vom Ablauf der Zehntagsfrist bei der Regierung, bezüglich bei dem Consistorium einzureichen (§. 55—57.). — Geringfügig sind a) alle Rechtssachen, deren Gegenstand nicht mehr als 20 Thaler Hauptwerth oder 24 Sgr. jährlichen Nutzungswerth beträgt, mit Ausnahme der Wechselsachen; b) Haus-

miethstreitigkeiten, wenn es dabei auf den Einzug oder Auszug oder auf vertragsmäßige Herstellung der in dem Miethcontract begriffenen Gegenstände ankommt; c) Irrungen zwischen Dienstherrschaften und Dienstboten, soweit sie nicht nach der Gesindeordnung bloß polizeilich zu behandeln sind; d) Injuriensachen, soweit sie nicht zu den Obergerichtsfällen gehören [1]), e) Innungs- und Zunftstreitigkeiten, sofern dieselben zwischen einzelnen Meistern, oder zwischen Meistern, Gesellen und Lehrlingen derselben Zunft entstehen und nach einem zum Anhalt dienenden Lehrcontract, oder nach Handwerksstatuten oder Gebräuchen zu entscheiden sind; f) Streitigkeiten, deren verzögerte Schlichtung einen unersetzlichen Schaden besorgen läßt, namentlich Inhibitions- und Arrestsachen, so wie auch provisorische Verfügungen in Pachtermissionssachen und Baustreitigkeiten (§. 58.). Verfahren. Die Vorladung erfolgt mittelst Bestellzettels, und zwar die des Beklagten ohne abschriftliche Mittheilung der Klage, der Bestellzettel muß aber außer den Erfordernissen der Vorladung den Gegenstand und Betrag des Anspruchs mit kurzer Bezeichnung des speciellen Grundes, worauf er beruht, enthalten. Eine Geldstrafe für den Fall des Ausbleibens im Termine wird nicht angedroht. Die Ladungsfrist darf nicht unter 3 und nicht über 8 Tage enthalten; nur der am Gerichtsorte anwesende Beklagte darf, wenn die Sache keinen Aufschub leidet, unter Einräumung einer noch kürzeren Frist peremtorisch geladen werden. Mündliche Vorladung ist nur auf Klägers Antrag zu verfügen und darf nicht peremtorisch sein; ist eine solche daher vergeblich, so sind die Parteien auf einen anderen Termin durch Bestellzettel vorzuladen und die Kosten der vergeblichen mündlichen Ladung und des angesetzt gewesenen Termins vom Kläger einzuheben. Ein einziger vereideter vollgültiger Zeuge macht vollen Beweis. Auf geringfügige Rechtssachen leidet der Executivproceß keine Anwendung; er geht vielmehr in dem für dieselben vorgeschriebenen Verfahren unter, so daß Beklagter auch gegen die bloß auf Urkunden gestützte Klage mit illiquiden Einreden gehört und mit allen überhaupt statthaften Beweismitteln zugelassen wird. Dagegen kommt auch die Widerklage in Wegfall, außer wenn der Gegenstand der Einrede den Klaganspruch übersteigt, wo der Beklagte wegen des ganzen Gegenstandes der Einrede die Widerklage bei demselben Proceßgerichte erheben und durchführen darf. Ergiebt sich bei der Verhandlung der unter f. bezeichneten Streitigkeiten, daß die definitive Entscheidung von einem Rechtsverhältnisse bedingt wird, was nicht nach den Normen des Verfahrens in geringfügigen Sachen erörtert werden kann, so ist wenigstens eine interimistische Verfügung für die Dauer der Rechtsverhandlung zu treffen. Die Parteien können sich in Terminen durch Bevollmächtigte vertreten lassen oder mit ihnen gleichzeitig erscheinen. Zur Proceßlegitimation bedarf es keiner feierlichen Vollmacht; vielmehr genügt

1) Vergl. Reuß. Greiz. Ges. v. 22. November 1841. §. 2. a.

die Beibringung einer von dem Auftraggeber eigenhändig unterzeichneten Schrift, in welcher der Gegenstand des Streits deutlich bezeichnet und die Bevollmächtigung, wenn auch nur in allgemeinen Ausdrücken, ausgesprochen wird. Gemeinden und Privatgesellschaften werden durch ihre Vorsteher oder durch Abgeordnete aus ihrer Mitte gültig vertreten; Vorsteher haben sich nur als solche, Abgeordnete durch eine von den Vorstehern unter Beidrückung des Gemeinde- oder Gesellschaftssiegels, oder von sämmtlichen Mitgliedern der Genossenschaft ausgestellte Vollmacht zu legitimiren. Befähigung zur juristischen Praxis wird nur zur Abfassung von Proceßschriften und zum Beistand in Terminen verlangt. Bevollmächtigte müssen gehörig instruirt sein; lehnt ein solcher eine bestimmte Erklärung wegen Mangels der nöthigen Instruction ab, so wird der betreffende Thatumstand für zugestanden erachtet. Schriftliches Verfahren ist unstatthaft; nur das Klaganbringen, die Einwendung und Widerlegung von Appellationen kann schriftlich bewirkt werden. In geringfügigen Sachen hat die eigentlich in erster Instanz competente Oberbehörde jedesmal ein Untergericht mit der Verhandlung und Entscheidung zu beauftragen. Actenversendung ist ausgeschlossen. Appellation geht sowohl in den bei den Untergerichten unmittelbar anhängigen als in den ihnen aufgetragenen Sachen an die Regierung, bezüglich an das Consistorium, wenn dieses den Auftrag ertheilt hat. Die angerufene Oberbehörde entscheidet in letzter Instanz. Leuterung ist unstatthaft. Untergerichte haben den Appellaten von der Berufung unter abschriftlicher Mittheilung der Appellationsschrift in Kenntniß zu setzen, und binnen 8 Tagen Bericht an den Oberrichter zu erstatten. Der Appellat darf binnen 14 Tagen vom Ablauf der Einwendungsfrist eine Widerlegungsschrift bei dem Obergericht einreichen (§. 59 — 69.). — Verfahren in Rechnungssachen. Gegenstand des Rechnungsprocesses ist eine wirklich gestellte und vorgelegte Rechnung, über welche verhandelt wird, damit ihre Richtigkeit gerichtlich geprüft und darüber entschieden werde. Hingegen die Frage über die Verbindlichkeit zur Rechnungslegung gehört nicht hierher. Jede zur gerichtlichen Erörterung kommende Rechnung ist mit den nöthigen Belegen zu übergeben, wozu, wenn solche fehlen, der Rechnungssteller vor weiterer Verfügung vom Gericht anzuweisen ist. Die Rechnung ist dem, welchem die Defectirung derselben zusteht, (dem Eigenthümer, Revidenten, Defectanten) in Abschrift zuzufertigen, mit der Bedeutung, seine Erinnerungen dagegen unter fortlaufenden Nummern und nach Ordnung der Rechnung binnen gewisser Frist einzureichen, unter der Verwarnung, daß nach Ablauf der Frist die Rechnung für anerkannt geachtet und als solche justificirt werden solle; zugleich ist ihm zu eröffnen, daß die Belege zur Einsicht an Gerichtsstelle vorliegen. Werden binnen der bestimmten Frist Erinnerungen nicht gestellt, so ist die Rechnung ohne Weiteres für richtig anzuerkennen und auf Antrag des Rechnungsstellers ein Justificatorium auszufertigen. Auch sind, wenn Erinnerungen zeitig gestellt

werden, die Posten, gegen welche keine gestellt sind, für anerkannt zu achten. Die zeitig eingegangenen Erinnerungen sind dem Rechnungssteller zur Beantwortung binnen ihm zu setzender Frist mit der Bedeutung zuzufertigen, daß nach fruchtlosem Ablaufe der Frist die Erinnerungen für anerkannt und die ihnen zum Grunde liegenden Thatsachen für eingeräumt erachtet werden sollen. Dieser Rechtsnachtheil tritt bei gänzlich unterlassener Beantwortung in Bezug auf sämmtliche Erinnerungen, bei Beantwortung nur einzelner in Bezug auf die nicht beantworteten sofort ein und wird mittelst eines den Parteien auf mündliche Vorladung zu eröffnenden Decrets ausgesprochen. Die Fristen zur Stellung der Erinnerungen und zur Beantwortung derselben betragen bei wichtigen Gegenständen 30 Tage, bei minderwichtigen 14 Tage und können auf Ansuchen der Parteien aus triftigen Gründen höchstens zweimal verlängert werden. Nach zeitig eingegangener Beantwortung des Rechnungsführers ist ein Verhörstermin anzusetzen, wobei dem Revidenten diese Beantwortung abschriftlich mitzutheilen und ihm nachzulassen ist, seine etwaigen Bemerkungen dagegen spätestens 3 Tage vor dem Termine schriftlich einzureichen. Im Verhörstermine wird nach vorgängiger Pflegung der Güte, wenn solche vergeblich ist, die Rechnung nebst den Erinnerungen Punct für Punct durchgegangen. Wenn die dabei noch streitig bleibenden Posten zusammen nicht über 100 Thaler betragen, so ist die Sache im unbestimmten summarischen Processe zu erörtern und zur Entscheidung zu bringen; betragen sie zusammen über 100 Thaler, so ist die Differenz im Wege des ordentlichen Processes zur Entscheidung zu bringen und es kann nach Befinden auf Beweis und Gegenbeweis interloquirt oder eine Verweisung zur besonderen Ausführung decretirt werden. Die Rechtsmittel sind verschieden, je nachdem die Differenz im ordentlichen oder im unbestimmten summarischen Processe verhandelt wird (§. 70—80.).

3) Verordnung, die Abkürzung des Verfahrens bei Vollstreckung gerichtlicher Erkenntnisse in Civilsachen und den Edictalproceß betr. v. 10. Januar 1853. Wir bleiben zuvörderst bei dem Inhalte dieses Gesetzes von §. 23. an, wo er den Edictalproceß betrifft, stehen. Die Fälle, in welchen Edictalladungen zu erlassen sind, werden nur beispielsweise angeführt, z. B. in Concursprocessen, bei Ausrufung abwesender oder verschollener Personen, im Ehedesertionsproceß, bei Amortisation verloren gegangener Urkunden, bei Cassation von Hypotheken, bei Erörterung des Bestandes einer mit der Rechtswohlthat des Inventars angetretenen Erbschaft; es wird aber hinzugefügt: „und wo sonst den Rechten nach der Edictalproceß Platz greift." Der Gesetzgeber hat nicht wohl gethan, diese allgemeine Clausel hinzuzufügen; er hätte vielmehr die Fälle, in welchen das Edictalverfahren als außerordentliche Maßregel zur Aufrufung und Ausmittelung unbekannter Ansprüche mit präclusiver Kraft für die nicht angemeldeten Ansprüche zulässig sein soll, näher bestimmen sollen; denn man kann eine Befugniß des Richters, aus Gründen

der Zweckmäßigkeit ein solches Edictalverfahren anzuordnen, nicht anerkennen; man muß vielmehr ein Gesetz voraussetzen, welches ihn für einen bestimmten Fall dazu ermächtigt. Über die Veröffentlichung einer Edictalladung ist folgendes bestimmt. Die schriftliche Edictalladung ist nur in Einem Exemplar bei der betreffenden Gerichtsstelle anzuschlagen. Außerdem ist der wesentliche Inhalt der Ladung in öffentlichen Blättern und zwar, wenn der in Rede stehende Gegenstand den Werth von 200 Thalern nicht übersteigt, zweimal im Amts- und Verordnungsblatte und zweimal in einer der gelesensten Zeitungen, bei höherem Betrage des Werthes und unschätzbaren Gegenständen dreimal im Amts- und Verordnungsblatte und dreimal in zwei Zeitungen einzurücken (§. 24.). Die Ladungsfrist beträgt drei sächsische Fristen, welche zwischen dem Tage des ersten Abdrucks in öffentlichen Blättern und dem Edictaltermine mitten inne liegen müssen, weßhalb die Behörden den betreffenden Zeitungsexpeditionen den Tag, an welchem die Insertion spätestens erfolgen muß, anzugeben haben. Erfolgt in einer Zeitung der Abdruck zu spät, so soll dieß, wenn nur das Patent zeitig angeschlagen worden und der erste Abdruck im Amts- und Verordnungsblatte ordnungsmäßig erfolgt ist, den Fortgang des Edictaltermins zwar nicht hindern, die Frist aber noch bis zu dem Tage offen bleiben, an welchem die dritte sächsische Frist vom Tage des verspäteten ersten Abdrucks gerechnet, abläuft (§. 25.).

C) Execution.

Das Verfahren bei Vollstreckung gerichtlicher Erkenntnisse regulirt die unter B. 3. angeführte Reuß-Greizer Verordnung v. 10. Januar 1853. §. 1—22. und die Rudolst. Executionsordnung v. 10. Juni 1854.

Beide Gesetze lassen die Execution außer aus rechtskräftigen Erkenntnissen auch aus gerichtlich abgeschlossenen Vergleichen, das Reuß. Gesetz auch aus vor dem Proceßgericht anerkannten Vergleichen, das Rudolst. Gesetz ferner aus einem zum gerichtlichen Protocoll erklärten Zugeständnisse zu. In dem Hülfsgesuch ist nach dem Rudolst. Gesetz §. 5. auch die Angabe der Art, wie, und der Mittel, durch welche die Hülfe zu vollstrecken ist, nothwendig; eine Unvollständigkeit des Gesuchs in dieser Beziehung bewirkt, daß die Execution in das Mobiliar des Schuldners geschieht, wenn nicht der Richter es vorzieht, zuvörderst noch eine genaue Angabe des Hülfsgegenstandes zu verlangen. Die Frist, welche in der Hülfsauflage dem Schuldner zur Befolgung des Urtheils nachzulassen ist, beträgt nach dem Reuß. Ges. §. 3. ohne Unterschied, ob die Verbindlichkeit in Zahlung einer Geldsumme oder in Herausgabe einer Sache oder Leistung einer Handlung besteht, 14 Tage und ist unerstreckbar; das Rudolst. Gesetz setzt die vom Richter zur Befolgung des Urtheils nachzulassende Frist bei Leistung einer Handlung auf 3 bis 30 Tage (§. 20.), bei Herausgabe einer beweglichen Sache auf 3 bis 8 Tage (§. 26.), bei Abtretung und Räumung eines Grundstücks auf 8 bis 30 Tage (§. 27.), bei Zahlung einer Geldschuld auf 8 Tage bis 6 Wochen (§. 29.).

Als Einwendungen des Schuldners, welche abgesehen von Ausstellungen gegen die Voraussetzungen und die Ordnungsmäßigkeit des Executionsverfahrens, gegen die Execution mit Wirkung vorgeschützt werden können, lassen beide nur die Einrede zu, daß der Sieger in Gemäßheit des rechtskräftigen Erkenntnisses u. s. w. befriedigt worden sei, oder daß der Anspruch durch einen nach der Bekanntmachung des Urtheils geschlossenen Vergleich oder nach dieser Zeit bewilligten Erlaß erledigt sei, oder daß der unterliegende Theil eine erst nach dieser Zeit entstandene liquide und zur Compensation geeignete Gegenforderung, die nach dem Rudolst. Gesetz auch früher schon klagbar gemacht sein kann, aber nach dem Urtheil erst liquid geworden sein muß, erlangt habe (Reuß. Ges. §. 5. Rudolst. Ges. §. 12.). Die privilegirten Einreden sind hier in ähnlicher Weise, wie in der kön. sächs. Reuß. j. L. und Sondersh. Gesetzgebung [1]), auf solche beschränkt, welche nach der Verurtheilung erst entstanden sind. Diese Beschränkung ist aber nicht zu rechtfertigen. Es ist hier gar nicht mehr von privilegirten Einreden, sondern von erst neu entstandenen Einreden die Rede, deren Rechtsverfolgung überdieß durch die Bedingung der völligen Liquidität in einer nicht zu billigenden Weise beschränkt ist. Einreden, welche im Laufe eines Rechtsstreits erst entstehen oder dem Beklagten erst da bekannt werden, können nach den Regeln des sächsischen Processes zu jeder Zeit vorgeschützt werden und es ist dießfalls zwischen der Zeit vor Rechtskraft des verurtheilenden Erkenntnisses und der Zeit nachher, so lange die Execution nicht wirklich vollstreckt worden ist, kein Unterschied. Selbst wenn sie erst in der Executionsinstanz vorgebracht worden, wird Urkundenbeweis nicht verlangt, sondern es wird der Proceß dadurch in eine ganz andere Lage versetzt; es muß über die Einrede erst in erster Instanz neu verhandelt, Kläger mit etwaigen Repliken gehört, im Fall der Erheblichkeit der Einrede bezüglich nach neuer gewöhnlicher Beweis= und Gegenbeweisführung ein neues Enderkenntniß ertheilt werden. Gegen diese Regeln verstößt die angeführte gesetzliche Bestimmung. Die Folge davon ist, daß der im Processe unterliegende Theil, wenn er rücksichtlich der Einreden der Zahlung, des Vergleichs, des Erlasses, der Compensation in der Executionsinstanz auf die erst nach dem Urtheil entstandenen Thatsachen beschränkt ist, mit anderen neu entstandenen oder ihm erst bekannt gewordenen Einreden künftig gar nicht mehr in der Executionsinstanz gehört, sondern damit zur besonderen Ausführung verwiesen wird. Rücksichtlich der Urkunden, durch welche die erwähnten Einreden zu erweisen sind, spricht sich nur das Rudolst. Ges. §. 15. dahin aus, daß Privaturkunden zum Beweise genügen, während das Reuß. Ges. §. 5. darüber nichts bestimmt und daher in Ermangelung besonderer Bestimmungen Privaturkunden für hinreichend zu achten sind. Das weitere Verfahren, wenn solche Einreden vorgeschützt worden sind, ist in dem Rudolst. Ges. §. 15. in folgender Weise näher bestimmt. Beide

1) Vergl. Heimbach sächs. Proceß Bd. 1. §. 175. Not. 3.

Theile, der die Execution beantragende Theil unter abschriftlicher Mittheilung der Einwendungen des Gegners sowie der von demselben beigebrachten Urkunden, sind zu einem höchstens 14 Tage hinaus anzusetzenden Verhörstermine vorzuladen, der Executionssucher bei Vermeidung des anzunehmenden Eingeständnisses der Einreden und der fingirten Anerkennung der Urkunden, der Gegner bei Nichtbeachtung der Einreden. Die Einwendungen Dritter in der Executionsinstanz berücksichtigt nur das Rudolst. Gesetz §. 16. Eigenthumsansprüche Dritter an einem Hülfsgegenstande sind bei dem die Execution anordnenden Gerichte anzumelden, welches hierauf dem angeblichen Eigenthümer eine Frist von 14 Tagen zur Geltendmachung seiner behaupteten Rechte bei der zuständigen Behörde durch Erhebung förmlicher Klage zu setzen hat. Inmittelst ist das Hülfsverfahren bis zur Versteigerung der in Beschlag genommenen Sache fortzusetzen, mit der Versteigerung aber bis zum Austrag des Incidentpunctes Anstand zu nehmen; wird die Erhebung förmlicher Klage binnen der gesetzten Frist nicht nachgewiesen, so ist mit dem Verkaufe der Hülfsgegenstände vorzuschreiten. Die Rechtsmittel gegen die in der Executionsinstanz vorkommenden richterlichen Entscheidungen sind nur in dem Rudolst. Ges. §. 18. näher bestimmt. Es sind die gewöhnlichen, außer soweit bloß proceßleitende Verfügungen in Frage sind. Die Ausführung ist sofort mit der Einwendung zu verbinden und eine Gegenschrift binnen unerstreckbarer Frist von 8 Tagen einzureichen. Das eingewendete Rechtsmittel hemmt das Hülfsverfahren nicht; nur folgende Executionshandlungen werden dadurch aufgehalten, nämlich Anwendung des Gefängnißzwangs, die Exmission urd Immission aus und in Grundstücke, die Ausantwortung beweglicher Sachen, die Auszahlung gerichtlich deponirter oder bei einem Dritten mit Beschlag belegter Gelder, die Versteigerung abgepfändeter Mobilien, die Subhastation von Grundstücken. Ist eine vorzunehmende Handlung Gegenstand der Execution, und der Berechtigte besteht auf der Vornahme der Handlung durch den Verpflichteten, was indeß nur dann zulässig ist, wenn die Handlung nach richterlichem Ermessen lediglich vom Willen des Verpflichteten abhängt, so ist letzterer nach dem Rudolst. Ges. §. 21. durch nicht über 4 Wochen dauernden Personalarrest zur Leistung der Handlung anzuhalten; bei klar vorliegender hartnäckiger Widersetzlichkeit des Verpflichteten als Ursache der Nichtbefolgung des richterlichen Befehls kann der Arrest auf 3 Monate ausgedehnt werden. Für den Fall, daß der Berechtigte Schadenersatz wegen des durch Nichtleistung der Handlung ihm entzogenen Rechtes verlangt, ist nach dem Rudolst. Ges. §. 23. der Betrag der Entschädigung, wenn der Berechtigte nicht die förmliche Ausführung des Anspruchs vorzieht, oder das Gericht dieselbe für nöthig erachtet, durch Sachverständige, oder wo deren Gutachten nicht zu erlangen ist, durch den Schätzungseid des Berechtigten festzustellen und von dem Verpflichteten als Geldschuld einzubringen. Das Rudolst. Gesetz unterscheidet überhaupt genau zwischen den Gegenständen

der Execution; es unterscheidet Execution wegen vorzunehmender Handlungen (§. 20—24.), wegen Unterlassungen (§. 25.), wegen Ausantwortung einer beweglichen Sache (§. 26.), wegen Abtretung und Räumung eines Grundstücks (§. 27. 28.), wegen Zahlung einer Geldschuld (§. 29—75.). Das Reuß. Gesetz beschäftigt sich in der Hauptsache nur mit Execution wegen Geldschulden. Gewisse Gegenstände nimmt das Rudolst. Ges. §. 31. von der Execution aus, nämlich die für den Schuldner und dessen Familie unentbehrlichen Betten, Kleider und Leibwäsche, die dem Schuldner zu seinem Gewerbe und Berufe nothwendigen beweglichen Sachen, Almosen und andere zum nothdürftigen Unterhalte des Schuldners bestimmte Gelder, die von Begräbnißvereinen zur Bestreitung der Begräbnißkosten zu zahlenden Gelder, die Löhnung der Unterofficiere und gemeinen Soldaten, bei Hof-, Staats-, Kirchen-, Schul- und Gemeindebeamten, so wie bei Militärpersonen die Uniform und Livreestücke, Dienstwaffen, ingleichen die zum Dienst erforderlichen Instrumente, Bücher, Utensilien und Equipagestücke, Fourage und Vergütungen aus öffentlichen Cassen zur Bestreitung des Reise- und sonstigen Dienstaufwandes, endlich die Gehalte, Wartegelder und Pensionen der vorher erwähnten Beamten, soweit sie zur Fortsetzung des Dienstes und zu deren Erhaltung nothwendig sind. Beschlagnahme dieser Bezüge, wenn sie 300 fl. oder weniger betragen, ist nur bis zu $\frac{1}{6}$, bei einem höheren Betrage bis zu $\frac{1}{3}$ gestattet; jedenfalls muß bei Bezügen über 300 fl. den Percipienten wenigstens die Summe von 250 fl. freigelassen werden. Das Reuß. Ges. §. 21. läßt Execution im Gehalte geistlicher und weltlicher Beamten nur bis zu $\frac{1}{4}$ zu. Beide Gesetze (Reuß. Ges. §. 6. Rudolst. Ges. §. 33.) gestatten dem Gläubiger die Wahl der Hülfsgegenstände, nach dem Reuß. Gesetz kann er diese Wahl auch dem Richter überlassen. An abgepfändeten Mobilien entsteht durch die Abpfändung ein Pfandrecht (Reuß. Ges. §. 8. Rudolst. Ges. §. 35.). Wegen des weiteren Verfahrens bis einschließlich zur Versteigerung der Mobilien ist auf die Gesetze zu verweisen. Für den Fall, daß sich bei der Execution nicht genug Gegenstände zur Befriedigung des Gläubigers vorfinden und der Gläubiger vermuthet, daß der Schuldner Vermögensstücke bei Seite gebracht und absichtlich, zur Vereitelung der Auspfändung verborgen habe, kann der Schuldner nach dem Rudolst. Ges. §. 49. zur eidlichen Manifestation seines Vermögens angehalten werden, zu welchem Behufe er ein Vermögensverzeichniß einzureichen hat, welches dem Gläubiger zu seiner Erklärung vorzulegen ist. Die Eidesformel ist außer auf die Richtigkeit des Verzeichnisses, darauf zu richten, daß der Schuldner außer Acht gelassene und in das Verzeichniß nicht mit aufgenommene Gegenstände später getreulich anzeigen wolle. Zur Ableistung des Eides kann der Schuldner durch persönliche Haft bis zu 6 Wochen angehalten werden. Hinsichtlich der Execution in außenstehende Forderungen enthält das Rudolst. Ges. §. 50. 51. ausführliche Bestimmungen. Besteht die als

Hülfsgegenstand gewählte Forderung in einem Wechsel, so wird derselbe, wenn der Gläubiger ihn zum Belauf der darin verschriebenen Summe nach Abzug des Interusuriums anzunehmen und den etwaigen Überschuß sofort baar auszuzahlen bereit ist, dem Schuldner nöthigenfalls zwangsweise abgenommen, und dem Gläubiger mit der auf dem Rücken des Wechsels geschriebenen Bescheinigung, daß derselbe im Wege der Execution dem Gläubiger überwiesen sei, übergeben, wodurch derselbe in alle Rechte und Pflichten eines Indossatars eintritt. Die Execution in die Substanz von Immobilien ist vereinfacht. Nach dem Reuß. Ges. §. 9. werden als Hülfsgegenstand angegebene Immobilien, wenn sie unter der Jurisdiction des Proceßgerichts liegen, sofort im Hülfstermine dem Gläubiger für verholfen erklärt; sind sie unter anderen inländischen Gerichten gelegen, so hat der Richter längstens binnen 3 Tagen das Gericht der gelegenen Sache wegen Ausfertigung eines Hülfsscheins für den Gläubiger und wegen Eintrags in das Consensbuch zu requiriren; im ersten Falle entsteht das Pfandrecht von der Zeit an, wo das Grundstück für verholfen erklärt ist, im letzteren Falle von der Zeit an, wo das Requisitionsschreiben an das Gericht der gelegenen Sache gelangt ist. Nach dem Rudolst. Ges. §. 63. wird das Hülfspfandrecht an Grundstücken durch einen richterlichen Beschluß, daß mit Subhastation des als Hülfsgegenstand gewählten Grundstücks verfahren werden solle, hervorgebracht, welcher Beschluß beiden Theilen bekannt zu machen ist. Wegen der Taxation, Subhastation und Adjudication ist auf die Gesetze selbst zu verweisen. Ein abgekürztes Hülfsverfahren findet nach dem Rudolst. Ges. §. 76. Statt bei ordnungsmäßig ausgeschriebenen Anlagen für Kirchen-, Schul- und Gemeindezwecke, so wie bei sonstigen feststehenden laufenden Abgaben und anderen derartigen Leistungen an Kirchen, Schulen und Gemeinden, Geistliche und Schuldiener, nicht minder in geringfügigen Civilsachen. Bei diesem abgekürzten Hülfsverfahren genügt, sofern die gedachten Abgaben und Leistungen eingezogen werden, statt eines förmlichen Hülfsantrags ein Verzeichniß, welches den Namen und Wohnort der Restanten, den Betrag und die Eigenschaft der Schuld, die Verfallzeit und die etwa erfolgten Abschlagszahlungen enthalten muß; die in der Hülfsauflage zu setzende Zahlungsfrist darf nicht 14 Tage übersteigen; nach Ablauf dieser Frist erfolgt ohne weitere Anträge der Berechtigten die Execution, zunächst in die Mobilien, dann in die Immobilien des Schuldners. Eigenthümlich ist dem Rudolst. Ges. die Zulässigkeit des Hülfsverfahrens bei den Verwaltungsbehörden (§. 77—93.). Es steht nämlich dem Fürstlichen Ministerium, den Landrathsämtern, Ablösungscommissionen, Kirchen- und Schulinspectionen, den Rent- und Steuerämtern und dem Bergamte die Befugniß zu, directe und indirecte Steuern, Waisenhausgelder, Sporteln und andere Taxgebühren mit Einschluß der Dispensations- und Bezeigungs- oder Allodificationsgelder, laufende Abgaben und Gefälle, welche auf der Staatshoheit oder Regalität beruhen, die auf unzweifelhaften Nach-

weisungen beruhenden Lehns- und grundherrlichen Gefälle mit Einschluß der Ablösungsrenten, so weit dieselben in die Staatscasse fließen, endlich auf privatrechtlichen Titeln beruhende Forderungen, insbesondere Pachtgelder für Staatsgüter, diese nur dann, wenn der Schuldner unter Verzicht auf rechtliches Gehör sich in einer gerichtlich anerkannten Urkunde der Execution der Verwaltungsbehörde unterworfen hat, ohne Vermittelung der Gerichte durch Zwangsmittel beizutreiben. Einwendungen gegen dieses eingeleitete Hülfsverfahren, welche die Form der Anordnung oder der Ausführung, oder die Frage, ob die abgepfändeten Sachen zu den pfändbaren gehören, betreffen, sind im Wege der Beschwerde bei der vorgesetzten Dienstbehörde des Beamten, dessen Verfahren angefochten wird, anzubringen. Außerdem steht Jedem, welcher sich durch die angeordneten Zwangsmaßregeln verletzt findet, die Geltendmachung seiner Privatrechte durch Anstellung förmlicher Klage frei; der Gebrauch der provocatio ex Lege Diffamari zu diesem Zwecke ist aber ausgeschlossen. Die Anstellung förmlicher Klage suspendirt das Zwangsverfahren nur dann, wenn dessen Fortsetzung mit unersetzlichen Nachtheilen für den Kläger verbunden sein würde und durch die Rücksicht auf das Gemeinwohl nicht geboten wird. Die Entscheidung über den Suspensiveffect steht nur den Verwaltungsbehörden zu. Die vorher angeführten Abgaben und Gefälle, mit Ausschluß der bloß auf privatrechtlichen Titeln beruhenden Forderungen sind der Klaganstellung ungeachtet so lange fortzuentrichten, bis die behauptete Befreiung im Rechtswege erstritten ist. Vor Vollstreckung der Execution ist dem Schuldner ein Mahnzettel zuzustellen, mit Einräumung einer nicht unter 8 Tagen und nicht über 4 Wochen zu bestimmenden Frist zur Zahlung der speciell verzeichneten Rückstände. Bleibt die Mahnung innerhalb der bestimmten Frist ohne Erfolg, so ist zur Execution zu schreiten. Die Zwangsmittel sind Pfändung, Beschlagnahme stehender und hängender Früchte, Beschlagnahme ausstehender Forderungen, Sequestration und endlich Subhastation. Die beiden letzten Executivmaßregeln sind nur im äußersten Falle anwendbar, wenn auf keine andere Weise Zahlung zu erlangen ist, und können nur von den zuständigen Gerichten auf Antrag der Verwaltungsstellen, welche deßhalb die Autorisation ihrer vorgesetzten Behörden einzuholen haben, verfügt werden. Die Anwendung der übrigen Zwangsmittel ist an eine besondere Reihefolge nicht gebunden; doch soll regelmäßig mit der Pfändung der Anfang gemacht werden. Gegen die im Administrativwege verfügte Execution kann sich der Schuldner nur schützen, wenn er die vollständige Zahlung der beizutreibenden Summe durch Quittung sofort nachweist, oder eine Fristbewilligung der zuständigen Behörde vorzeigt, oder die beizutreibende Summe und die Executionskosten sofort bezahlt. Bezüglich der Einwendungen dritter Personen gelten dieselben Vorschriften, wie bei der Execution durch die Gerichte.

D) Kosten.

In Bezug auf die Kosten und deren Betrag sind zu bemerken die Weim. Eis. allgemeine Sportel- und Gebührenordnung v. 6. December 1853 und die Reuß. Greiz. allgemeine Gebührentaxe für gerichtliche, Notariats- und Sachwaltergebühren v. 1. Februar 1853, neben welcher eine besondere Taxordnung der Gerichts- und Sachwaltergebühren im summarischen Proceß mit dem Gesetz über den unbestimmten summarischen Proceß v. 24. December 1852 publicirt worden ist. (Schluß folgt.)

Druck und Verlag von Fr. Frommann in Jena.

Blätter für Rechtspflege
in Thüringen und Anhalt

unter Mitwirkung der Herren

Dr. G. Emminghaus, Geh. Reg.-Rath in Weimar. **Dr. Heerwart,** Geh. Justizrath in Eisenach. **Dr. Heimbach,** OAGRath in Jena.

herausgegeben von

Reinhold Schmid,
Kreisgerichts-Assessor in Weimar.

Zweiter Band.

1855. Preis des Jahrgangs 2 Thlr. 20 sgr. **Nro. 5.**

Actenmäßige Darstellung civil- und criminalrechtlicher Entscheidungen.

1. Über die Zulässigkeit der Widerklage nach Sächsischem und insbesondere nach dem Sondershausenschen Particularrechte.
2. Kann der Richter unaufgefordert Verzugszinsen zuerkennen?

1.

In einem Processe der F. Kammer gegen einen Domainenpächter wegen Fruchtleistung schützte Letzterer die Einrede vor, daß die Klage nach particularem Rechte deßhalb unzulässig sei, weil sie als eine Widerklage erscheine.

Es habe nämlich selbst zuerst die Klägerin, auf Wiederherstellung der Brennereien und auf Schadensersatz, also auf Erfüllung des Pachtvertrages verklagt, mit ihrem Anspruche auf Frucht compensi-

ren, und mithin diesen Anspruch als Einrede der Compensation geltend machen können. Statt dessen habe sie eine Klage angestellt. Diese Klage, obgleich sie nicht Reconvention genannt sei, trage dennoch die Eigenschaft einer Widerklage an sich. Als Widerklage könne sie aber unter vorliegenden Umständen vor Beendigung der Vorklage nicht verhandelt und entschieden werden. Zum Belege dieses Rechtssatzes beruft sich Beklagter auf

S. Const. p. I. c. 7.

S. P.O. Tit. VI. §. 2.

Schwarzb.-Sond. Gesetz über Verbesser. u. Erläuter. des Civilprocesses vom 20. Febr. 1834 §. 10.

Die Juristenfacultät zu Tübingen sagt in ihren Entscheidungsgründen zu dem in diesem Rechtsstreite ertheilten Erkenntnisse über diese Einrede Folgendes:

„Auch diese Einrede entbehrt aller rechtlichen Begründung. In den meisten Ländern sächsischen Rechtes kann eine Widerklage in der Regel nur vorgebracht werden in Beziehung auf Ansprüche, die mit der Vorklage zusammenhängen und in solcher inniger Verwandtschaft zu ihr stehen, daß sie als Einwendungen gegen dieselbe gebraucht werden können. Daher man von der Widerklage sagt, sie müsse die Klage entweder ganz aufzuheben oder deren Quantität zu beschränken bezwecken. Und zu diesen Ländern gehören auch die Schwarzburgischen.

G.O. v. 1704 Tit. III. §. 8.

Kori, Executivproceß u. Widerklage (2. Ausg.) Th. 2. §§. 1. 6.

Theorie des Sächs. bürgerl. Processes §. 139.

Schaumburg, Princ. proc. jur. I. sect. 2. §. 6.

Berger, Oecon. jur. p. 831.

Diese Eigenthümlichkeit war dann auch in einigen Ländern sächsischen Rechtes früher schon die Veranlassung zur Sanction des Grundsatzes, daß im ordentlichen Proceß, in welchem der Beklagte hinsichtlich der Beweismittel und der Beweisführung nicht besonders beschränkt ist, eine Widerklage unzulässig sei. Denn der Beklagte könne und solle Alles, was er widerklagend zu verfolgen beabsichtige, exceptivisch gegen die Hauptklage geltend zu machen suchen. Die Länder, in welchen dieser Grundsatz galt, waren, wie Kori berichtet, das Churfürstenthum Sachsen und Gotha,

Executivproc. u. Widerklage Th. 2. §. 5.

Theorie des Sächs. bürg. Proc. §. 239.

In der That enthält auch die Schwarzb. Proceßordnung von 1704 keine derartige Bestimmung. Und es scheint deßhalb wenigstens eine unerwiesene Behauptung zu sein, daß der Grundsatz der S. P.O. Tit. VI. §. 2. auch in Schwarzb. Landen früher Geltung gehabt habe. Wie dem jedoch sei, durch das Gesetz vom 20. Febr. 1834 ist Schwarzburg (Sondershausen) in die Reihe jener Länder eingetreten, indem der §. 10. sagt:

„Gegen eine im ordentlichen Processe verhandelte Vorklage findet keine Widerklage Statt."

Wenn nun Beklagter, auf diese Bestimmung sich stützend, der uns vorliegenden Klage widerstreitet, so hat er:

1) übersehen, daß eine Widerklage darum allein im ordentlichen Processe unzulässig ist, weil dieselbe mit der Vorklage so connex sein muß, um auch als Ausflucht gegen sie benutzt werden zu können. Wo hingegen ein Anspruch als exceptivisches Mittel gegen einen Anspruch nicht zu gebrauchen ist, da kann jener Grundsatz schon deßhalb keine Anwendung finden, weil hier gar keine Widerklage, sondern nur eine selbständige Klage möglich ist, die, wie sie zu einer andern Klage nicht in der geeigneten Beziehung steht, so auch von dieser weder abhängt, noch irgendwie durch sie beschränkt erscheint.

In dem vorliegenden Falle nun hätte Klägerin ihre Gerstenforderung gegen die Klage des Beklagten auf Wiederherstellung der Brennereien und Schadensersatz gar nicht exceptivisch und als Ausflucht hervorkehren können. Die einzige Weise der möglichen exceptivischen Benutzung, welche Beklagter anzuführen weiß, ist der Gebrauch dieser Gerstenforderung zum Behuf der Compensation.

Allein von anderm zu schweigen, ein Anspruch auf Gerste, abgesehen von der Wiederherstellung der Brennereien, kann nicht zur Compensation gebracht werden mit einem Anspruch auf Geld. Forderungen, die auf verschiedene genera gerichtet sind, sind bekanntlich gegen einander nicht als Compensationsmittel zu gebrauchen.

Glück, Pand. Comm. XV. S. 72 ff.

Thibaut, Pand. Recht (8. Ausg.) §. 677.

Göschen, Vorles. über das Civilrecht §. 465.

So hat denn auch F. Kammer ihren Anspruch gar nicht als Widerklage angebracht; und sie hätte ihn auch in dieser Eigenschaft nicht anbringen können. Es ist daher um so unerklärlicher, wie Beklagter den Satz, daß im ordentlichen Proceß keine Widerklage zulässig sei, auf

10 *

diesen Fall anwenden will. Er meint zwar in seiner Duplik, die Beklagte hätte deßhalb compensiren dürfen, weil sie in ihrer executivischen Klage alternativ mit der Gerste Geld fordert. Indessen hat er hier verkannt, daß die Klägerin in der Klage nur das Anerbieten gemacht hat, eine Ausgleichung in Gelde anzunehmen. De jure hat sie nur Gerste zu fordern, und in der That hat sie nur Gerste gefordert. Was aber die Compensation betrifft, so kommt es darauf an, was juristisch den Gegenstand der Forderung ausmacht, nicht darauf, was der Gläubiger statt dessen gern annähme.

2) Wäre aber an und für sich eine Widerklage möglich, und eben darum nach einer allgemeinen Regel nöthig gewesen, daß Klägerin ihre Ansprüche exceptivisch gegen die von dem Beklagten der Brennereien wegen im ordentlichen Processe angestellte Klage geltend gemacht hätte, so würde dennoch im concreten Falle der Klägerin deßhalb kein Einwand entgegenzuhalten sein. Denn die Schwarzb. Proceßordnung von 1704, welche in dem Betracht durch die StPO. von 1854 nicht im mindesten abgeändert ist, schreibt ausdrücklich vor, daß eine etwa selbständig angebrachte Klage, wodurch man von einer andern summarischen oder executivischen Klage befreit zu werden hoffen könnte, diese summarische oder executivische Klage durchaus nicht hindere. Beide Klagen haben vielmehr ihren ungehemmten Fortgang neben einander.

PO. von 1704 Tit. III. §. 7.

3) Unter den sächsischen Rechtsgelehrten ist es bestritten, ob nach Churf. S. Rechte der Grundsatz, daß im ordentlichen Proceß eine Widerklage unzulässig sei, auch dann Platz greife, wenn der Beklagte gar nicht widerklagend, sondern selbständig klagend seinen Anspruch geltend mache. Manche glauben, nur die Widerklage als solche, nicht aber eine selbständige Klage vor dem geeigneten forum des Klägers sei ausgeschlossen, während andere auf besondere Bestimmungen jenes Rechts gestützt meinen, daß der Beklagte nicht einmal selbständig klagen könne, sondern seinen Anspruch nothwendig exceptivisch im ordentlichen Proceß geltend machen müsse, sobald Beklagter dieß verlange.

Kori, Executivproc. u. Widerklage Th. 2. §. 7.

Zu vergl. *Carpzov*, Jurispr. for. I. 7. def. 9.

Schaumburg l. c. §. 1. Note 5.

Die neue Schwarzb. Proceßordnung spricht sich indessen dahin aus, daß im ordentlichen Proceß eine Widerklage nicht zulässig sei. Halten wir uns an diese Worten, so haben wir gar keinen Grund, die

Beschränkung weiter zu treiben, als der Gesetzgeber sie getrieben hat. Die Widerklage ist unzulässig, das heißt bloß die Klage, wo Beklagter den Kläger vor sein forum nöthigen will. Sobald der Beklagte seinen Anspruch an sein forum bringen will, so soll er es exceptivisch thun. Wünscht er aber den Kläger auf selbständige Weise vor dessen eigenes forum zu ziehen, so ist ihm das unverwehrt; denn das Gesetz verbietet ihm das nicht. In der That würde auch die Aufhebung der Wahl, seine Gerechtsame exceptivisch oder durch Klage geltend zu machen, sobald die Klage nicht als Widerklage aufgestellt wird, eine so große Beschränkung sein, daß man ohne ganz besondere Gründe dieselbe nicht annehmen kann. Solche besondere Gründe sind jedoch in der neuen Proceßordnung von 1834 nicht enthalten."

Das Erkenntniß verwarf also diese Einrede.

Zu den Entscheidungsgründen ist jedoch hier zu bemerken, daß die österts citirte Proceßordnung von 1704 nur in dem Fürstenthum Rudolstadt und nie in Sondershausen Geltung gehabt hat.

vgl. auch v. Hellbach, Handbuch des F. Schw.=Sondersh. Privatrechtes, in der Einleitung.

2.

Dasselbe Erkenntniß verurtheilte den Verklagten neben der Hauptforderung in die Bezahlung von Verzugszinsen von den verschiedenen Verfalltagen jener ab, ohne daß in der Klage solche beansprucht worden waren, und zwar aus folgenden Gründen:

„Verzugszinsen, wo sie nach der Natur des obligatorischen Verhältnisses gefordert werden können, stehen in dem genauesten Zusammenhange mit dem officium judicis. Es bedarf deßhalb auch ihretwegen keines besondern Antrages. Der Richter kann vermöge seines officium darauf erkennen; er ist aber auch ohne besonderes Verlangen eines creditor gehalten, darauf zu erkennen, weil das Zusprechen derselben in den Bereich seines officium fällt, und weil er, ohne sie zuzusprechen, den Kläger des Anspruches völlig berauben würde.

l. 54. D. de locat. XIX. 2.

l. 24. D. depos. XVI. 3.

L. 49. §. 1. D. de act. emt. XIX. 1.

l. 13. Cod. de usur. IV. 32.

Zu vergl. Madai, Lehre von der mora §. 52.

Wenn auch die ursprüngliche Bedeutung des „officio judicis conti-

neri" mehr die gewesen sein mag, daß der judex keiner Instruction von Seiten des Magistrats bedürfe, und den Anspruch, auch ohne daß er in der formula erwähnt war, berücksichtigen dürfe, so scheinen doch die Stellen im Justinianeischen Rechte und von diesem Standpuncte aus das zu enthalten, daß der Richter auch unaufgefordert Verzugszinsen beachten könne. Wenigstens möchte diese Auffassung eine besondere Unterstützung in der Art und Weise finden, wie sich Justinian äußert in

§§. 2—3. J. de off. jud. IV. 17.

Die Praxis jedenfalls hat die Sache stets so angesehen.

Martin, Civilproc. (12. Ausg.) §. 90.

Bayer, Vorträge über Civilproc. (6. Aufl.) S. 304.

Beanstandet kann hier nur der Zeitpunct werden, von wo an die mora zu rechnen sei; ob von der uns unbekannten Zeit der interpellatio, oder von der durch Verabredung festgestellten Zeit der Leistung an. Bedenken wir indessen, daß die streitige Frage, ob dies interpellat pro homine, seitdem sie in Deutschland aufs Neue wieder angeregt worden ist, bis auf den heutigen Tag theoretisch keine allgemein anerkannte und gebilligte Lösung erhalten hat; bedenken wir ferner, daß es in der That sehr gewichtige Gründe sind, welche für die Regel (dies interpellat pro homine) geltend gemacht werden; so glauben wir, wie man auch theoretisch die Sache ansehen möchte, hier, wo es sich von Anwendung auf einen besonderen Fall handelt, von dem Resultat nicht abweichen zu dürfen, das die Praxis bisher als das richtige befolgt hat, und neuere Gesetzgebungen in Deutschland sanctionirt haben.

Madai, Mora S. 87—149."

Auf die hiergegen von dem Verklagten eingewandte Leuterung erkannte die Juristen-Facultät zu Berlin:

p. p.

„„daß der Leuterant überhaupt nicht schuldig ist, die ihm zuerkannten Verzugszinsen zu entrichten;""

und begründete diese abändernde Entscheidung durch Folgendes:

„Vor allem gilt es zur Würdigung dieser Beschwerde die Entscheidung der allgemeinen und präjudiciellen Frage, ob in vorliegendem Falle überhaupt auf Verzugszinsen erkannt werden durfte[1]). Dabei leidet es zunächst zwar kein Bedenken, daß auch von fungibeln Sa-

1) Der Verklagte fand sich auch deßhalb beschwert, theils weil von den Zinsen nicht 12 Gr. pro Scheffel abgezogen seien, theils daß sie schon vom Verfalltage an berechnet worden seien.

chen, namentlich von Getreide, Verzugszinsen in der Sorte des Objects der Hauptleistung als s. g. Aufmaaß entrichtet werden können, indem die Praxis sich für die Anwendung der in

l. 12, 23. Cod. de usuris IV. 32.

über vertragsmäßige Zinsen dieser Art gegebenen Bestimmungen auf Verzugszinsen entschieden erklärt hat.

Hommel, d. Flavius s. v. Aufmaaß.

Dagegen ist die Frage, ob der Richter von Amtswegen einer Partei Verzugszinsen, welche sie nicht gefordert hat, zusprechen dürfe, näher ins Auge zu fassen.

Das beschwerliche Urtheil nimmt keinen Anstand, die Frage zu bejahen. Es stützt sich dabei weniger auf das römische Recht als auf die Praxis, welche „jedenfalls die Sache so angesehen habe," daß der Richter auch unaufgefordert Verzugszinsen beachten könne. So mag denn zur Beseitigung der Meinung, daß dieser Satz schon in den römischen Quellen enthalten sei, eine Bemerkung genügen. Der Umstand, daß zur Justinianeischen Zeit die judices nicht mehr an eine Formel gebunden waren, reicht noch nicht hin, um dem „in officio judicis esse" die Bedeutung eines Einschreitens von Amtswegen ohne Antrag der Parteien beizulegen; da vielmehr die usurae quae in obligatione sunt, und quae officio judicis continentur, so unterschieden werden, daß die ersteren auf einem für sich geltend zu machenden Anspruche beruhen, die letzteren, zu denen auch die Verzugszinsen gehören, dagegen nicht.

l. 49. §. 1. D. de act. E. et V. XIX. 1.

l. 54. pr. D. loc. XIX. 2.

l. 53. pr. D. ad Ssc. Trebell. XXXVI. 1.

Der Grundsatz aber, daß der Richter, welcher Verzugszinsen nicht zuerkannt, sie dadurch, indem sie nicht besonders gefordert werden können, zugleich aberkennt, bewirkt nur, wie auch das Urtheil anzunehmen scheint, daß, wenn einmal der Richter jene Zinsen zuerkennen darf, er es auch thun muß; entscheidet aber gar nicht für jenes dürfen in unserem Falle.

Sucht man sodann eine Entscheidung jener Frage in den heutigen Principien, so tritt die den gemeinen Proceß beherrschende Verhandlungsmaxime aufs entschiedenste ihrer Bejahung entgegen. Auch kann man sich nicht etwa für eine Abweichung von dieser Maxime auf eine gewisse Billigkeit berufen, auf eine Scheu, durch die Nichtzuerkennung eine saumselige Partei ihres Anspruches ganz zu berauben. Denn ge-

wiß darf bei dem klaren Vorliegen eines Anspruches auf Verzugszinsen — wenigstens von der Zeit der Klage an — und bei der Leichtigkeit, ihn der Hauptforderung im Libelle anzuhängen, der Grund für die Unterlassung des Anspruches eher in allen andern, als in einer verzeihlichen, und vom Richter sofort gut zu machenden Nachlässigkeit gesehen werden. Und widerführe der Partei wirklich durch das Nichtzuerkennen eine von ihr nicht verschuldete laesio, so fehlen ja zu ihrer Wiederaufhebung die Mittel nicht.

Was nun endlich die im vorigen Urtheil besonders zu Hülfe genommene Praxis anbetrifft, so kann dem allgemeinen Ausspruche, daß diese die Sache stets anders angesehen habe, mit nichten beigepflichtet werden. Freilich ließen sich den beiden im Urtheile allein angeführten Processualisten, von denen Martin §. 90. (87.) sich nicht einmal speciell auf die Frage einläßt, noch andere namhafte Stimmen, z. B.

Linde im Arch. f. civ. Pr. XI. S. 104. und Lehrbuch §. 153.

für die Ansicht der Urtheilsverfasser hinzufügen. Allein die gegentheilige, nach dem Obigen richtigere Meinung, daß nicht geforderte Zinsen nicht zugebilliget werden dürfen, ist nie ohne gewichtige Vertheidiger geblieben. So äußert sich z. B.

Hic. Ummius in f. disput. 21. ad proc. judic. Jen. 1612. th. VIII. n. 44. p. 861.

„et hoc officium toties *necessario* implorandum est, quoties usurae ex mora debeantur,"

sowie er in Betreff der bloß officio judicis zu erlangenden fructus in thes. IV. p. 844. bemerkt:

„propterea actor vigilabit, ut illud *mature* super illis *imploret*."

Ebenso erklärt sich

J. H. Böhmer, J. E. prol. L. I. p. 32. §. 12.

dahin:

„Sic usurae esse dicuntur vel in *obligatione*, quatenus specialiter sunt promissae in b. f. contractibus, et tamen a judice possunt adjudicari, si *petuntur*."

Ferner lehrt Gensler im Commentar zu Martin §. 87.:

„Die Accessionen der letzten Art (z. B. die usurae morae) sind es nun, welche als verzichtet angesehen werden, wenn sie der Kläger nicht zugleich mit der Hauptklage fordert. — Ex officio darf sie daher auch der Richter nicht zuerkennen, dieß wäre ultra petitum, gegen die Verhandlungsmaxime."

Und der für die sächsische Praxis ja besonders wichtige

Curtius, Sächs. Civilr. §. 1175.

stellt, ohne einmal einer anderen Ansicht zu erwähnen, den Satz auf:

„Dagegen muß der Gläubiger die Verzugszinsen bei der Bezahlung des Capitals oder in der Klage ausdrücklich fordern, weil ihm wegen derselben nicht, sowie wegen der versprochenen Zinsen, ein besonderes Klagrecht zusteht."

Es wird also auch hier mit Recht aus dem römischen Satze, daß Verzugszinsen nicht in obligatione, sondern in officio judicis seien, nur eine besondere Pflicht der Partei zur Sorgsamkeit, nicht aber Befugniß und Pflicht des Richters, ultra petitum zu erkennen, abgeleitet. Sonach tritt weder das römische Recht, noch eine wahre Billigkeit, noch eine entschiedene gemeine, oder sächsische Praxis der reinen Anwendung des Princips, daß über das Erbetene hinaus nicht erkannt werde, für diesen Fall in den Weg.

Die Parteien haben den Streit mehr auf den Boden des besonderen Landesrechtes gezogen. Der Leuterant bekämpft nämlich das Urtheil mit dem

Mandate vom Verfahren in Executivsachen vom 12. Oct. 1826 §. 6., das dahin lautet:

„Ein besonderes Liquidiconstitutionsverfahren findet nicht Statt. Es muß daher der Zeitpunct, von welchem an versprochene oder Verzugszinsen gefordert werden, in der Klage genau angegeben sein, widrigenfalls angenommen wird, daß die Zinsen bloß von Zeit der erhobenen Klage an im Rückstande sind."

Indessen wird die Deutung dieses Paragraphen wesentlich von der Ansicht über die gemeinrechtliche Entscheidung obiger Frage abhängen. Ginge man davon aus, daß der Richter auch ungeforderte Zinsen zuerkennen dürfe, so würde in diesem Paragraphen allein eine Umstoßung des gemeinrechtlichen Satzes wohl noch nicht gefunden werden mögen. Legen wir aber das richtige Princip zum Grunde, so wird in dem Umstande, daß das Mandat des Falles, wo die Verzugszinsen gar nicht gefordert worden sind, nicht gedenkt, auch nur eine Bestätigung dieses Princips zu sehen sein.

Nach dieser ganzen Ausführung konnten wir es nicht für gerechtfertigt halten, der Leuteratinn, welche Verzugszinsen nicht im Libell begehrt hat, und welche auch noch jetzt, obwohl ihre juristische Ansicht zu Gunsten des vorigen Urtheils aussprechend, sie zu begehren Anstand

nimmt, selbige wider ihren präsumtiven Willen zuzuerkennen, und ist demnach in dieser Beziehung das beschwerliche Urtheil abgeändert worden. Es erübrigte sich deßhalb auch die Erörterung über die oben erwähnten beiden eventuell gestellten, die Verzugszinsen betreffenden gravamina."

Günther Keyser,
Staatsanwalt zu Sondershausen.

Erörterungen und Aufsätze über practische Rechtsmaterien.

Über den Versuch des Meineids.

Vom Herrn Dr. jur. Bollert zu Weimar.

Am 19. April 1853 erhob die ledige Christiane Sophie S. zu T. bei dem Kreisgerichte in Weimar eine Klage gegen Heinrich B. zu T. und führte in derselben an: Am 4. April 1853 habe sie ein Kind weiblichen Geschlechts geboren, welches die Frucht des außerehelichen Beischlafes sei, den der ledige Bursch Heinrich B. in der Zeit vom Anfange des 7. bis zum Ausgang des 10. Monats von der Geburt des Kindes rückwärtsgerechnet, insonderheit am Jakobustage 1852 in ihrem Garten mit ihr vollzogen habe.

Da Beklagter sich der Erfüllung der ihm aufruhenden gesetzlichen Obliegenheiten weigere, so sehe sie sich genöthigt, klagbar zu werden und bitte ihn zur Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten, nämlich Bezahlung einer Ausstattung von 20 Thlrn. oder Ehelichung, Ersatz des Wochenbetts-Aufwands mit 6 Thlrn., Bezahlung jährlicher Alimente, Begräbniß- und Confirmations-Aufwand und Tragung der Proceßkosten zu verurtheilen.

Über den Grund der Klage trug Klägerin dem Beklagten den Eid an.

Im Termine zu Güte und Recht vom 10. Juni 1853 erklärte der persönlich erschienene Beklagte, daß er den thatsächlichen Inhalt der Klage einräumen und sich der Klagbitte ohne Weiteres unterwerfe.

Der klägerische Anwalt acceptirte dieß und beantragte, da Heinrich B. das 21ste Jahr noch nicht zurückgelegt habe, mithin noch unmündig sei, und noch im väterlichen Brote stehe, den Vater desselben zur Genehmigung dieser Erklärung seines Sohnes vorzuladen.

Dem Antrage wurde gefügt, allein der Vater des Beklagten verweigerte seine Zustimmung zu der im Güte- und Rechtstermine gepflogenen Verhandlung. Nunmehr wurde anderweiter Termin zu Güte und Recht auf den 2. September 1853 anberaumt und dem Beklagten Einlassung und Antwort, auch Erklärung über den Eidesantrag unter Androhung der gesetzlichen Rechtsnachtheile aufgegeben.

Rechtzeitig kam Beklagter dieser Auflage nach.

Er räumte in seiner Einrede und Einlassungsschrift ein, daß Klägerin am 4. April 1853 ein Kind weiblichen Geschlechts geboren habe, leugnete im Übrigen den Inhalt der Klage und nahm den ihm deferirten Eid an.

Unter dem 30. December 1853 erkannte das Kreisgericht zu Weimar mit Außerachtlassung des als ungültig zu betrachtenden Geständnisses des Beklagten, daß Beklagter in Gemäßheit der Klagbitte zu verurtheilen sei, dafern er nicht einen Eid dahin abzuleisten vermöge: „es sei nicht wahr, daß er in der Zeit vom 7. Juni 1852 bis 5. October 1832 mit der Klägerin sich fleischlich vermischt habe.“

Für den Fall der Ableistung dieses Eides sollte Beklagter kostenfrei von der Klage entbunden werden.

Nachdem das Erkenntniß in Rechtskraft übergegangen war, erschienen die Parteien am 31. März 1854 im Schwörungstermine. Das Gericht belehrte den Beklagten über die Wichtigkeit und Heiligkeit des Eides, verwarnte ihn vor Begehung eines Meineides und redete ihm mit Beziehung auf sein früheres Geständniß eindringlich zu, den Eid nicht auszuschwören.

Gleichwohl erklärte der Beklagte, daß er bereit sei, zu schwören. Als derselbe eben im Begriffe war, zur Ableistung des Eides zu schreiten, das heißt den Arm zum Schwure halb empor gerichtet hatte, wurde von Seiten des klägerischen Anwaltes erklärt: er protestire gegen Abnahme des Eides und bitte, die Acten der Staatsanwaltschaft mitzutheilen, damit gegen Heinrich B., welcher sich eines versuchten Meineids schuldig gemacht habe, die Untersuchung eingeleitet werde.

Der Beklagte sprach wiederholt seine Bereitwilligkeit aus, den Eid auszuschwören; Klägerin erblickte hierin einen wiederholten Versuch zur Begehung eines Meineids und bat, ihre Protestation gegen Abnahme des Eides durch Decret zu entscheiden.

Der Deputirte, welcher den Termin abhielt, entfernte sich hierauf,

erstattete sofort dem Kreisgerichts-Collegium Vortrag und eröffnete, nach einiger Zeit zurückgekehrt, dessen Entschließung dahin:

„Vorerst könne der Termin nicht aufgehoben werden, da nach dem bisherigen Benehmen des Beklagten im Termine einen versuchten Meineid anzunehmen bedenklich erscheine; es frage sich, ob die Klägerin ihren Antrag auf Aufhebung des Termins für den Fall alsbald stellen wolle, wenn der feierliche Schwuract durch Nachsprechung der Worte:

„Ich schwöre hiermit zu Gott"

begonnen habe. In solchem Falle werde der Termin abgebrochen werden und bleibe weitere rechtliche Entschließung vorbehalten."

Hierauf wurde von Seiten des Beklagten unter Rechtsbeistand erklärt, daß er gegen den ganzen Inhalt dieses Decretes Appellation einwende.

Das Appellationsgericht zu Eisenach ertheilte am 7. Juni 1854 zu Folge des eingelegten Rechtsmittels den Bescheid: „Es ist bei dem kreisgerichtlichen Beschlusse vom 31. März 1854 nicht zu belassen, vielmehr mit der Abnahme des dem Beklagten zuerkannten Eides der klägerischen Protestation ungeachtet weiter zu verfahren."

„Denn so auffallend es auch ist, daß Beklagter, nachdem er im Termine vom 10. Juni 1853 erklärt, er unterwerfe sich ohne Weiteres der Klagbitte, indem er den factischen Inhalt der Klage einräume, später in seiner Einlassungsschrift den Inhalt der Klage, insbesondere den mit der Klägerin innerhalb des kritischen Zeitraumes vollzogenen Beischlaf geleugnet und den ihm darüber deferirten Eid angenommen, auch in dem Schwörungstermine zur Ableistung des Eides sich angeschickt hat; so ist es doch immerhin möglich, daß Beklagter trotz jenes Zugeständnisses im Gütetermin den Eid mit gutem Gewissen abzuleisten vermag, indem er z. B. damals in Bezug auf die Zeit des mit der Klägerin vollzogenen Beischlafes sich geirrt und erst später überzeugt hat, daß er innerhalb des in der Klage behaupteten kritischen Zeitraumes den Beischlaf mit der Klägerin nicht vollzogen; und wenn es auch gerechtfertigt gewesen wäre, den Beklagten auf Grund jenes Zugeständnisses sofort zu verurtheilen, ohne noch auf den Eid zu erkennen, wogegen er, wenn sein Geständniß auf Irrthum beruhte, Restitution nachzusuchen gehabt hätte, so hat er doch, nachdem einmal rechtskräftig auf den Eid erkannt ist, unzweifelhaft ein Recht auf Ableistung desselben, dessen er durch sein früheres Zugeständniß, auf welches der Richter selbst, als er auf den Eid erkannte, kein Gewicht gelegt hat, und durch die daraus

herzuleitende Möglichkeit einer falschen Eidesleistung nicht verlustig werden kann; vielmehr muß es ihm überlassen bleiben, ob er sich durch Ableistung des Eides der Gefahr einer Untersuchung, bezüglich Bestrafung wegen Meineides aussetzen will, und der Civilrichter, welcher an sich nicht berufen ist, Verbrechen zu verhüten, kann wegen der bloßen Möglichkeit oder auch Wahrscheinlichkeit eines Meineides die Purification eines rechtskräftigen Erkenntnisses durch Abnahme des erkannten Eides nicht hindern." —

Diesem Erkenntnisse gemäß wurde auf den 15. September 1854 anderweiter Schwörungstermin anberaumt. Der Beklagte leistete trotz nochmaliger Belehrung über den Eid und Verwarnung vor einem Meineide oder leichtsinnigen Eide den ihm auferlegten Schwur ab; die Acten wurden sofort an den Staatsanwalt beim Kreisgericht zu Weimar abgegeben und von diesem die Einleitung einer Untersuchung gegen Heinrich B. wegen Meineids beantragt. Das Resultat dieser Untersuchung kümmert uns hier nicht [1]); wir nehmen als vollgültig erwiesen an, daß Heinrich B. allerdings mit der ledigen Christiane Sophie S. in der Zeit vom 7. Juni 1852 bis zum 5. October 1852 den Beischlaf vollzogen habe und werfen nunmehr die Frage auf:

Hat sich Heinrich B. eines Versuchs des Meineids schuldig gemacht dadurch, daß er den ihm über die Klage deferirten Eid in der Einlassungsschrift annahm; oder dadurch, daß er im Schwörungstermine vom 31. März 1854, über das Wesen des Eides belehrt und vor Begehung eines falschen Eides verwarnt, sich bereit erklärte, den Eid zu leisten; oder dadurch, daß er, nach abgegebener Erklärung, er sei bereit zu schwören, den Arm zum Schwure emporhob; oder würde endlich ein strafbarer Meineids-Versuch erst dann anzunehmen sein, wenn Heinrich B. die Eingangsworte der Eidesformel: „ich schwöre hiermit zu Gott" ausgesprochen hätte?

Vollendet ist ein Verbrechen, wenn die zu dessen Begriffe gehörigen Erfordernisse sämmtlich vorhanden sind und, sofern ein bestimmter Erfolg zu dessen Begriffe gehört, auch dieser eingetreten ist. Der Versuch des Verbrechens setzt dagegen voraus, daß Jemand die Ab-

---

1) Es verdient hier bemerkt zu werden, daß B. auf Grund der eingeleiteten Untersuchung und darauf erhobener Anklage vor ein Geschwornengericht gestellt und von den Geschwornen im Februar dieses Jahres des Meineids für schuldig erachtet worden ist. D. Red.

sicht hat, ein Verbrechen zu begehen und diese Absicht durch eine oder mehrere Handlungen bekundet, welche die Vollendung nicht herbeiführen. Gemeinrechtlich ist es bekanntlich sehr bestritten, wie die Anfangsgrenze des strafbaren verbrecherischen Versuches zu bestimmen sei. Ältere Strafrechtslehrer [2]) nehmen an, daß die Strafbarkeit schlechthin mit dem Momente beginne, wo die verbrecherische Absicht in eine Handlung übergegangen ist. Man unterscheidet hiernach Grade des Versuchs, nämlich 1. die Vorbereitung der verbrecherischen Handlung (conatus remotus), 2. Anfang des Verbrechens (conatus proximus), 3. Endigung des Verbrechens (delictum perfectum sed non consummatum, wenn alle zur Hervorbringung einer gesetzwidrigen Wirkung erforderlichen Handlungen geschehen sind, ohne daß der beabsichtigte Erfolg eintrat); und straft den Versuch desto härter, je weiter die verbrecherische Thätigkeit vorgeschritten ist.

Ferner wird von mehreren Criminalisten [3]) verlangt, daß die Handlung objectiv gefährlich, d. h. geeignet gewesen sei, die Vollendung hervorzubringen.

Andere [4]) sagen: die Anfangsgrenze des Versuchs liege im Beginne derjenigen Handlung, durch welche das Verbrechen ohne neue Vorbereitungen und ohne weitere Unterbrechungen vollendet werden konnte.

Mancher [5]) hält sich an die grammatische Bedeutung des Wortes „Versuch" und meint, die Strafbarkeit beginne erst mit dem Zeitpuncte, wo die auf die Vollendung gerichtete Thätigkeit des Verbrechers abgeschlossen ist und er nun deren Er-

---

2) Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts herausgegeben von Mittermaier 13. Auflage §. 43. — Martin, Lehrbuch des Criminalrechts 2. Ausgabe §. 61. N. 15. — Tittmann, Handbuch der Strafrechts-Wissenschaft 2. Auflage 1. Bd. §. 97. — Heffter, Lehrbuch 3. Auflage §. 75. schließt sich im Wesentlichen den Vorgenannten an; er nimmt vier Grade des strafbaren Versuchs an: delictum praeparatum, delictum attentatum — wenn das verbrecherische Handeln bei Zubereitung der vorhandenen Mittel stehen geblieben ist — delictum inchoatum, delictum perfectum.

3) Feuerbach loc. cit. §. 42. — Zachariä, die Lehre vom Versuche Bd. 1. S. 226 folg.

4) Luden, über den Versuch des Verbrechens S. 459. — Mittermaier, neues Archiv des Crim.-R. Bd. II. S. 605.

5) Brackenhöft, über das mißlungene Verbrechen, oder den sogenannten Versuch des Verbrechens, im Archiv, 1847, S. 58 folg., 241 folg.

folg lediglich zu erwarten hat. Hiernach erscheint einzig das oben erwähnte delictum perfectum sed non consummatum straffällig.

In einer der neusten Zeit angehörigen Schrift [6]) wird geschieden zunächst zwischen nahem und entferntem verbrecherischen Versuche, je nachdem sich die verbrecherische Handlung auf dem Felde der Ausführung bewegt, oder auf dem Gebiete der Vorbereitung verharrt. Der entfernte Versuch zerfällt dann wieder in zwei Unterabtheilungen, je nachdem die in Frage kommende Versuchshandlung einen völlig allgemein gehaltenen Character trägt, aus welchem an sich allein die Ermöglichung einer verbrecherischen Ausführung in einer auf einen bestimmten Gegenstand weisenden Richtung nicht hervorgeht, oder je nachdem die vorbereitende Handlung, ihres generellen Characters entkleidet, die verbrecherische Einwirkung auf einen besondern Gegenstand in wahrscheinliche und nahe Aussicht stellt. Jene Unterabtheilung nennt der Verfasser entfernten verbrecherischen Versuch *in specie*, diese Bedrohung; erstere soll straflos, letztere und der nahe Versuch sollen strafbar sein.

Die richtige Ansicht scheint uns nach den Worten des Artikels 178. der C. C. C. folgende zu sein [7]): Peinlich zu strafen ist Jemand wegen verbrecherischen Versuches dann, wenn er Handlungen begeht, die den Beweis liefern, daß er die Absicht gehabt habe, ein Verbrechen zu verüben.

Unmöglich ist es, die Handlungen nach ihren Kennzeichen anzugeben, welche den verbrecherischen Entschluß manifestiren, es läßt sich eben nur als Princip im Allgemeinen der Satz anfstellen: diejenige Handlung ist als verbrecherischer Versuch zu strafen, welche den Richter überzeugt, daß der Urheber derselben entschlossen war, ein Verbrechen zu vollenden. Der Regel nach werden Vorbereitungs-Handlungen niemals, Ausführungs-Handlungen stets stringent beweisend für den verbrecherischen Willen sein. Es ist eben Aufgabe des erkennenden Richters, sich in jedem einzelnen Falle klar darüber zu werden, ob die Thätigkeit

6) Otto, vom Versuche der Verbrechen. Leipzig 1854. Seite 10 bis 21.

7) Köstlin, Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts S. 386. — Luden, Handbuch des gemeinen und particularen Strafrechts Bd. 1. §. 65. — Krug, die Lehre vom Versuche der Verbrechen (Vorabdruck aus dem Rechtslexikon) Leipzig 1854. S. 21. — Marezoll, das gemeine deutsche Criminalrecht 2. Auflage S. 112.

des Angeschuldigten so beschaffen ist, daß aus ihr der Wille desselben, das in Frage stehende Verbrechen zu begehen, mit Sicherheit resultirt.

Von derselben Auffassung ausgehend, erklären die meisten neuen Strafgesetzbücher [8]) die Vorbereitungshandlungen für criminell straflos und bestimmen, daß Handlungen, durch welche die Ausführung das beabsichtigten, vorsätzlichen Verbrechens angefangen wurde, als verbrecherischer Versuch zu bestrafen sind.

Wenden wir nun das oben gefundene allgemeine Princip in Betreff des verbrecherischen Versuches und die soeben angegebenen Normen der neuern Strafgesetzbücher auf den vorliegenden, speciellen Fall an, so ist Folgendes zu sagen:

Sowohl nach dem sächsischen, als nach dem thüringschen Strafgesetzbuche [9]) ist wegen Meineids derjenige zu bestrafen, welcher vor einer öffentlichen Behörde in eignen oder fremden Angelegenheiten eine falsche Angabe mit Kenntniß von ihrer Unwahrheit eidlich erhärtet.

Nach beiden Gesetzgebungen [10]) sind Handlungen, durch welche die Ausführung des Meineides angefangen wurde, strafbar als Meineids-Versuch, Handlungen dagegen, durch welche die Ausführung des Meineids erst vorbereitet, aber noch nicht angefangen wurde, sind straflos, sofern sie nicht etwa schon an sich ein Verbrechen begründen.

Die Thätigkeit des Heinrich B. hat nach der gegebenen Geschichtserzählung zunächst darin bestanden, daß derselbe in der Einrede- und Einlassungsschrift den angetragenen Eid, welchen er mit gutem Gewissen auszuschwören nicht vermochte, annahm.

Das Oberappellationsgericht zu Kassel [11]) hat in einem gleichen Falle eine solche Erklärung des Juraturus, in Verbindung mit dem Geständnisse, daß er den Eid zu leisten allerdings Willens gewesen — bei dem Nachweise der objectiven Unwahrheit und des dolus — für einen sehr entfernten Versuch des Meineids angesehen und bestraft. Wir halten diese Entscheidung nicht für gerechtfertigt.

8) cf. die Strafgesetzbücher von Preußen §. 31. Östreich §. 8. Sachsen Artt. 26. 29. Würtemberg Art. 63. Hannover Art. 34. 35. Großherzogthum Hessen Artt. 65. 66. Thüringen Artt. 23. 27.

9) cf. Art. 183. des sächsischen und Art. 172. des thüringschen Strafgesetzbuchs.

10) cf. Art. 26. und 29. des sächsischen, Art. 23. und 27. des thüringschen Strafgesetzbuchs.

11) Neue Jahrbücher für sächsisches Strafrecht 3. Bd. S. 356.

Was bewirkt eine solche Acceptation des deferirten Eides?

Im besten Falle verschafft sie dem Acceptanten die Möglichkeit, den Eid auszuschwören. Nothwendig ist auch diese Folge nicht; das Gericht kann nach Befinden die Klage zurückweisen, den Beklagten, wie das z. B. bei Heinrich B. in seiner Proceßsache gegen die ledige Christiane Sophie S. nach der Meinung des Appellationsgerichts zu Eisenach geboten gewesen wäre, trotz der erfolgten Annahme des Eides pure condemniren u. s. w. Es steht demnach jene Erklärung, den Eid annehmen zu wollen, in keinem nothwendigen, ursächlichen Zusammenhange mit der wirklichen Ableistung des Eides, mithin geht aus derselben die Ernstlichkeit des Entschlusses, den Eid ausschwören zu wollen, noch keineswegs mit Sicherheit hervor und am allerwenigsten ist die Ausführung des Verbrechens bereits angefangen.

Allein es wurde nun rechtskräftig auf den Eid erkannt, zum Schwörungstermine ausgefertigt und dem Juraturus die Eidesnotul zugestellt, aus welcher er entnehmen konnte, daß er nicht vermochte, unverletzt den Eid auszuschwören. Gleichwohl erschien der Beklagte im Termine und erklärte sich, auch nachdem er über Inhalt und Wesen des Eides verständigt und vor Begehung eines Meineides verwarnt worden war, bereit, denselben zu leisten.

Das Erscheinen im Termine zur Ausschwörung eines rechtskräftig zuerkannten Eides an sich dürfte, auch wenn der Juraturus geständigermaßen beabsichtigte, wissentlich etwas Unwahres eidlich als wahr zu erhärten, noch nicht als Versuch eines Meineides aufzufassen sein, weil zwischen diesem Erscheinen im Termine und der Ableistung des Eides die Verhandlung vor dem Gerichte liegt und sich nicht absehen läßt, ob die erforderliche Belehrung und Verwarnung, namentlich auch die Verständigung über Inhalt und Bedeutung des Schwures etwa die Folge hat, daß dessen Ableistung verweigert, oder ob in Folge der richteramtlichen Vorschläge, resp. der Concessionen Seitens des Gegenparts durch Vergleich die Sache beigelegt wird.

Genug der Schwörende kann noch nicht mit nur einiger Bestimmtheit entschlossen sein, den Eid zu leisten, bevor er gehört hat, was ihm das Gericht zu sagen, resp. der Gegner anzubieten hat.

Allein wenn, wie im vorliegenden Falle, im Schwörungstermine, nach fruchtlos gepflogener Verhandlung das Erbieten zur Eidesleistung von Heinrich B. wiederholt worden ist, so soll dieß nach den

11

von dem Appellationsgerichte zu Dresden [12]) abgegebenen Entscheidungen vom Jahre 1840 und 1841 allerdings einen strafbaren Versuch des Meineides begründen, indem „diese Handlungsweise keine andere Deutung zuläßt, als daß der betreffende Theil zur wirklichen Ableistung des Eides bereit ist und indem dadurch die Ausführung des Verbrechens angefangen wird."

Wir wollen dieser Entscheidung gegenüber uns nicht darauf berufen, daß auch in diesem Stadium das Erbieten zur Eidesleistung nicht unbedingt ein ernstliches zu sein braucht, daß es vielmehr recht wohl aus der Hoffnung hervorgehen kann, der Gegenpart werde sich in der Überzeugung, daß der Eid nun wirklich ausgeschworen werde, bestimmen lassen, noch in der 11. Stunde die Hand zum Vergleiche zu bieten.

Weit gewichtiger als dieser Einwurf scheint uns folgende Erwägung zu sein. Verbrecherischer Vorsatz und Ausführung desselben stehen nicht in der Beziehung zu einander, daß zunächst der erstere in der Seele des Menschen keimt und wächst, reift und endlich abgeschlossen vorhanden ist, und daß erst nach vollendeter Entwickelung desselben der Mensch anfängt, ihn zu realisiren, sondern es wird der Gedanke zum Entschlusse durch die Thätigkeit des Verbrechers selbst. Mit jedem Hindernisse, welches weggeräumt werden muß, um die Ausführung eines Verbrechens zu beginnen, mit jedem Mittel, welches zu diesem Behufe angeschafft wird, mit jedem Schritte, welcher geschieht, um sich dem Gegenstande des Verbrechens zu nähern, gewinnt der verbrecherische Wille festere Gestalt, die Stimme Gottes im Innern schweigt mehr und mehr und es tritt zuletzt der Entschluß in die Ausführung über. In der Ausführung selbst liegt ein fertiger Entschluß; derselbe kann wechseln während der ausführenden Thätigkeit, aber vorhanden ist er mit dem Beginne derselben. Die Grenze zwischen Vorbereitung und Ausführung ist oft leicht, oft schwer zu bestimmen.

Es kommt Alles auf das einzelne Verbrechen und den concreten Fall an. Im Allgemeinen läßt sich nur so viel sagen, daß vorbereitend diejenige verbrecherische Thätigkeit ist, aus welcher eine unmittelbare Beziehung auf das bestimmte Verbrechensobject mit Zweifellosigkeit nicht zu entnehmen ist.

---

12) Neue Jahrbücher für sächsisches Strafrecht 1. Bd. Heft 3. S. 106.

Beim Meineide fängt das Gebiet der Ausführung stets mit dem Anfange des Schwuractes selbst, das heißt damit an, daß der Schwörende, welcher angewiesen wird, die drei ersten Finger der rechten Hand zum Zeichen der heiligen Dreieinigkeit emporzurichten und die Worte der Eidesformel nachzusagen, den Arm emporhebt, um dieser Weisung nachzukommen.

Dieser Moment ist der kritische. Jeder Übergang von dem Felde der Vorbereitung in das der Ausführung characterisirt sich dadurch, daß dabei noch ein Kampf zwischen dem bösen und guten Principe in des Menschen Brust statt findet. Kommt es zur Ausführung, so ist der noch schwankende verbrecherische Wille aus diesem Kampfe als mehr oder weniger bestimmter Entschluß hervorgegangen.

Der Schwörende hat, wenn der Richter nach geschlossener Güteverhandlung und geschehener Verständigung über den Eid zu ihm spricht: „Heben Sie die Hand zum Schwure empor und sagen Sie die Worte nach," nothwendig in diesem Augenblicke den Zweifel, die Ungewißheit, ob er schwören soll oder nicht, zur Entscheidung zu bringen. Bis zu diesem Zeitpuncte durfte er noch schwanken, ja es ist sogar psychologisch nicht unwahrscheinlich, daß Mancher erst da zurückbebt vor Begehung eines Meineides, wo er selbst handelnd aufzutreten im Begriffe ist und die drei Finger der rechten Hand zum Anrufen des dreieinigen Gottes, den er verleugnen will, aufheben soll. Weil der Ernst der Eidesleistung und die Größe des Verbrechens des Meineides dem Schwörenden mit aller Schärfe und mit der eindringlichsten Gewalt in dem Momente vor die Seele tritt, wo die Eidesleistung durch Emporheben der rechten Hand beginnt, so läßt sich vor diesem Momente nicht behaupten, der Wille sei mit Bestimmtheit auf Begehung eines Meineides gerichtet gewesen. Ist dagegen dieser Moment vorüber, so ist damit auch jener schwerste Kampf im Innern beendigt, der Entschluß ist gewissermaßen krystallisirt und der Regel nach wird der Meineid nun ausgeschworen werden, wenn nicht äußere Umstände den Verbrecher daran hindern.

Es würde demzufolge nach unserer Meinung in der Handlungsweise des Heinrich B. im Schwörungstermine vom 31. März 1854 der Versuch zu einem Meineide allerdings zu erblicken sein, weil sich derselbe nicht allein zur Ableistung des Eides bereit erklärte, sondern auch zu diesem Behufe den Arm emporhob. Das Kreisgericht zu Weimar ist dagegen der Ansicht, daß ein strafbarer Ver-

such erst dann begründet gewesen sei, wenn der Schwuract durch Nachsprechung der Worte „ich schwöre hiermit zu Gott" begonnen hätte.

Zunächst ist nicht abzusehen, warum es nothwendig sein sollte, daß der Schwörende gerade diese fünf Worte nachgesprochen haben müßte, um strafbar zu werden. Mit demselben Rechte kann man verlangen, daß noch mehr, nämlich die Worte: „ich schwöre hiermit zu Gott dem Allmächtigen und Allwissenden diesen wahren und leiblichen Eid," oder daß die ganze Eidesformel bis zu deren Schlußworten: „so wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort durch Jesum Christum unsern Erlöser und Seligmacher. Amen" nachgesprochen worden sein müßte.

Wollte man aber die Meinung des Kreisgerichts auf die von Mittermaier[13]) vertretene Lehre zurückführen: wer falsch schwören will, begeht bis zu dem Momente, wo er den Schwur wirklich ausspricht, keinen Versuch des Meineids, so würde sich Heinrich B. durch Nachsprechung des ersten, resp. der ersten Worte der Eidesformel eines versuchten Meineides schuldig gemacht haben. Mittermaier sagt, um seine Behauptung zu begründen: „es giebt Verbrechen, bei welchen kein Unterschied zwischen nächstem und entferntem Versuch angenommen werden kann, wo nur eine Art des Versuchs, der sogenannte nächste zu bestrafen ist. Dahin sind die Verbrechen zu rechnen, bei welchen, außer dem im Innern liegenden Entschluß, nothwendig zum Verbrechen keine Vorbereitung gehört, wo das Verbrechen durch eine Handlung begonnen und auch vollendet wird, und wo auch deßwegen Versuch und Vollendung getrennt werden können, weil zur letzteren eine gewisse Form gehört, wie z. B. beim Meineide."

Durchschlagend möchte diese Beweisführung um deßwillen nicht sein, weil zur Vollendung des Meineides unbedingt wenigstens eine zweifache Handlung des Schwörenden[14]) erforderlich ist, das Emporheben der drei ersten Finger der rechten Hand einer-

13) Mittermaier, neues Archiv des Criminalrechts Bd. 4. St. 1. S. 19 folg. Zu vergleichen ist auch die Zeitschrift für die Criminalrechtspflege in den Preußischen Staaten von Hitzig Bd. 10. Heft 20. S. 287 folg.

14) Die s. g. äußern Feierlichkeiten der Eidesleistung sind bei Personen männlichen Geschlechts andere, als bei Personen weiblichen Geschlechts, die ersteren erheben die drei ersten Finger der rechten Hand, die letzteren legen die drei ersten Finger der rechten Hand auf die linke Brust.

seits, das Aussprechen der Eidesformel andrerseits. Ohne das eine und das andere zu thun kann niemals ein Meineid vollendet werden. Ebendeßhalb kann man sich auch nicht auf die Definition von Meineid in dem sächsischen oder thüringschen Strafgesetzbuche berufen und sagen: da nur derjenige wegen Meineids zu bestrafen ist, welcher wissentlich vor einer öffentlichen Behörde eine falsche, eidliche Angabe macht, so ist auch nur derjenige wegen Versuchs dieses Verbrechens mit Strafe anzusehen, welcher die Ausführung desselben dadurch angefangen hat, daß er beginnt, eine falsche Angabe zu machen.

Das würde richtig sein, wenn das Wesen des Meineides in der wissentlich falschen Angabe schlechthin bestünde, allein zum Thatbestande desselben gehört nothwendig auch die Anrufung Gottes zum Zeugen der Wahrheit. Dieses Anrufen Gottes wird dargestellt durch das Emporheben der rechten Hand und durch das Aussprechen der Worte: ich schwöre hiermit zu Gott, sowie durch den Schluß der Eidesformel: so wahr mir Gott helfe 2c. Mit dem ersteren beginnt, mit dem letzteren schließt der feierliche Schwuract. Wer also mit der Absicht, eine falsche Angabe zu machen, den Arm zum Schwure aufhebt, hat recht eigentlich die Ausführung des Meineides angefangen.

Dadurch wird natürlich nicht ausgeschlossen, daß der, welcher noch weiter gegangen ist, und einen Theil der Eidesformel bereits nachgesprochen hat, ebenfalls wegen Versuchs des Meineids und zwar härter als ein Anderer zu bestrafen ist, welcher, wie hier Heinrich B., nachdem er den Arm, um zu schwören, emporgehoben hatte, durch äußere Umstände gehindert wurde, die Eidesformel nachzusprechen.

Wir sind demnach, um das Resultat noch einmal zusammenzufassen, der Meinung, daß ein criminell strafbarer Meineids-Versuch sowohl nach gemeinem Rechte, als nach dem sächsischen und dem thüringschen Strafgesetzbuche erst mit dem Momente vorhanden ist, wo der Schwörende den Arm zum Schwure emporhebt, weil erst in dieser Thätigkeit der sichere Beweis liegt, daß der Entschluß des Juraturus bestimmt auf Begehung eines Meineides gerichtet ist, weil erst durch diesen Act die Ausführung des Verbrechens begonnen wird [15].

15) Das Oberappellationsgericht in Dresden vertritt diese Ansicht ebenfalls; cf. Otto, vom Versuche der Verbrechen S. 34., Held und Siebdrat, Criminalgesetzbuch 2c. für das Königreich Sachsen 2c. 1848. S. 76. 77.

Über
1. das Erbrecht außerehelicher Kinder und 2. den mütterlichen Nießbrauch an deren Vermögen.

Vom Herrn GJR. Dr. Emminghaus in Weimar.

Die günstigere Hinneigung gegen das Kind, als gegen die Mutter, hat ihren Ausdruck, gleichwie in dem neuesten Weimarischen Gesetz v. 6. Jun. 1853[1]), auch in folgenden beiden Emanationen der Weimarischen Praxis gefunden.

I.

X., Altersvormund der von der U. unehelich gebornen W., klagte auf den Sextans wider des verstorbenen Y. Bruder Z. Das Kreisgericht Weimar fällte im Oct. 1854 das nachstehende Erkenntniß: Kläger hat den geleugneten Klaggrund dahin: daß die W. die Tochter des Y. sei, zu erweisen. Wenn die Geschichtserzählung in der Klagschrift sich darauf beschränkt: „Y. habe mit der am 20. Jul. 1850 von der W. entbundenen U. den Beischlaf in der Zeit vom Anfang des siebenten bis Ende des zehnten Monats vom 20. Jul. 1850 zurückgerechnet vollzogen; auch mit der U. nach ihrer Niederkunft außergerichtlich dergestalt, daß er ihr 10 Thlr. Kindbettskosten und jährlich 20 Thlr. Alimente von der Geburt der W. ab bewilliget, sich verglichen:" so kann — lauten die Entscheidungsgründe ohngefähr weiter, — an der Statthaftigkeit des libellirten Erbanspruches wohl gezweifelt werden. Für obige Ansicht kam, was folgt, in Erwägung: 1. Von dem Standpuncte der Gesetzgebungspolitik aus würde es sich gewiß rechtfertigen, wenn die Legislation solche Erbfolge-Rechte an die Bedingung knüpfte, daß der natürliche Vater dem Kinde diesen Zustand ihm gegenüber entweder durch ein Anerkenntniß einräumt, oder daß ein Gerichtsspruch im Rechtsstreite wider ihn, als aequipollens jener Agnition, existent geworden ist. Unverkennbar entstehen außerdem Schwierigkeiten insofern, als das allgemeine Rechtsgefühl befriedigende Beweisgründe schwer aufzufinden sind. Diejenigen in Weimars Nachbarschaft bestehenden Gesetze, welche nicht das ganze fragliche Intestaterbrecht, — das man ja freilich als, auch abgesehen von der Legitimation durch Ehe,

---

1) S. B. I. dieser Blätter S. 105.

oder Rescript, durch Zulässigkeit vom letzten Willen, und Verträgen (in leichtester Form durch Lebensversicherung u. s. w.) für das richtig verstandene Bedürfniß des Volkes (angedeutet in l. 144. pr. D. L. 17., während dagegen gewisse weibliche Intriguen kaum förderniswürdig erscheinen dürften) entbehrlich gemacht sich denken mag, — verworfen haben, knüpfen es sämmtlich an jene Vorbedingungen: S. C. W. C. Heimbach Partic.R. Th. I. S. 508.[1]), Preußisches Gesetz v. 24. April 1854. §§. 13. 19.[2]). Ja man ist soweit gegangen, diese Vorbedingung, mitunter selbst so, daß die Anerkennung in einer öffentlichen Urkunde nöthig sein soll, als gemeines Deutsches Recht, — das dann, da das Weimarische ErbfolgeGesetz v. 6. April 1833. §. 20.[3]) hierüber schweigt, im Großherzogthum Weimar maßgebend sein würde, — zu bezeichnen: s. Sintenis Pract. CivilR. B. III. S. 99. 346., Gett RVerh. aus der außerehl. Geschlechtsgemeinsch. S. 261., Flach Entsch. Th. II. S. 142. (bei Seuffert Archiv B. I. S. 93.), Beseler Syst. d. Deutsch. Priv. B. II. S. 490.[4]) Hat nun der dermalige Kläger dieser Doctrin durch Das, was er über den Vergleich vorbringt, Rechnung tragen wollen, so darf sicher ihm entgegengehalten werden, daß der, allerdings — s. Hufnagel Mittheil. aus der Württembergischen Praxis. Neue Folge. S. 691 — vorkommenden, Lehre, wie ein Alimenten-Vergleich das obige Anerkenntniß in sich fasse, das positive Moment in l. 5. §. 9. D. XXV. 3. im Wege steht, doppelt gewichtig um des §. 7. des Weimarischen Gesetzes v. 29. April 1829[5]) willen, dessen Betrachtung ja auch Den, welcher im Stillen von seiner objectiven Nicht-Vaterschaft aus den erheblichsten Gegengründen sich überzeugt hält, zu einem solchen Vergleiche bestimmen muß. Allein wir glauben nicht, daß durch die bisherige Darlegung die im Weimarischen Rechte herrschende Anschauung richtig getroffen sei. Hienach ist das Band zwischen Vater und Kind,

1) Auch zu vergl. v. Hohnhorst Jahrb. d. OHofG. Mannheim. J. 1825. S. 174., ingleichen Bd. II. dieser Zeitschr. S. 1 fg.

2) GesetzS. S. 193. Dieses für das Deutsche Privatrecht merkwürdige Gesetz wird nächstens im Th. II. des Corp. Jur. Germ. des Einsenders mitgetheilt werden. Controversen über obigen Punct s. in Simon u. Strampff RSprüchen B. I. S. 160. 170., Bornemann Syst. d. Preuß. R. Ausg. 2. B. VI S. 260.

3) Reg. Bl. S. 49.

4) Jetzt auch F. Walter Syst. d. Deutsch. Priv. 1855. S. 460 fg.

5) Reg. Bl. S. 103.

selbst wenn nicht eine Ehe, die tempore partûs conceptionis vel editionis bestanden hat, sich hinzugesellt, ein verwandtliches, das der Blutsfreundschaft. Schon die Überschrift des §. 13. des Erbfolgegesetzes v. 6. April 1833, und andere, sowohl frühere als spätere Äußerungen der inländischen, — hiebei von dem Römischen Rechte in l. 19. 23. D. I. 5., §. 12. J. I. 10. abweichenden, — Legislation: s. Gesetz über die Mantelkinder v. 30. Jun. 1823 [1]), Authent. Interpr. v. 1. Febr. 1841 [2]), Heimaths-Gesetz vom 23. Febr. 1850. §. 41. [3]) verkündigen, daß auch hier zu Lande im Rechtsleben existirt, was als gemeines Recht von Heerwart in der Gießener Zeitschr. B. XVII. S. 327 fg. entwickelt ward. Bei dem Mangel eingreifender besondrer Gesetzesvorschriften darf nun aber das Nachweisen obigen Verhältnisses im Einzelfalle in keiner Hinsicht beschränkt, es muß des Kindes Vertreter mit allen ihm diensam erscheinenden Beweismitteln gehört werden. Die Verhandlungen, welche etwa mit dem Vater über Anerkennung seiner Vaterschaft gepflogen sind, können bloß unter den Gesichtspunct eines Vehikels für eine confessio, quae negotii principalis accessio ac firmamentum est (*Biener* syst. prac. §. 119. ed. 4.), fallen. Alle öffentlich bekannt gewordenen Stimmen solcher Männer, bei denen Vertrautheit mit Dem, was im Sächsischen, oder speciell Weimarischen, Forum seit Jahrhunderten geübt worden, sich voraussetzen läßt, gedenken niemals einer „Anerkennung", wie sie doch, hätten sie sie als wesentlich sich gedacht, ohne Zweifel gethan haben würden: S. *J. E. J. Müller* promtuar. s. v. succ. ab int. Sax. n. 4., Assall u. Demler Blätter f. Jurispr. B. I. S. 504., Busch Rechte der Geschwächten S. 409., *Struv.* ad Matthaei de succ. 1672. p. 232., *Richter* succ. ab int. S. I. m. 3. n. 9., *de Lyncker* decis. 842., *Brockes* obs. 479. (auch bei Emminghaus Pand. S. 616. St. 21.), *ab Hellfeld* jur. for. §§. 1288. 1647., Köchy Meditat. S. 83., *Kind* T. IV. qu. 71. ed. 1., Albert in A. Martins Jahrb. J. II. S. 55., Emminghaus Pand. S. 617. St. 23., S. 866. St. LVI. [4])

1) Reg. Bl. S. 75.

2) Reg. Bl. S. 20. Auch bei Emminghaus Corp. Jur. Germ. Th. I. 1844. S. 928.

3) Reg. Bl. S. 77.

4) Für das modernstrenge Zurückweisen des fraglichen Erbrechts, weil wir keinen juridisch anerkannten Concubinat kennen, hat Einsender kein älteres, unserm Weimarischen Rechtsleben entnommenes, Zeugniß, als Stelle 22. S. 616. der Pan-

Obiges Gesetz v. 23. Jun. 1823 vergönnt ausdrücklich dem Kinde die Auswahl, ob es die Paternität selbst, oder eine, — in bloß für die successio feudalis angeordneter Form — erfolgte Anerkennung darthun will. Als im J. 1832 der Weimarische Landtag obigen §. 20. des Erbfolgegesetzes berieth, so hätte eine Beschränkung des fraglichen Erbrechts um so näher gelegen, je gewisser man unterstellen darf, daß der Referent bei seiner bekannten Gewissenhaftigkeit alle und jede Bedenken, während er die Sache laut Landt. Prot. S. 36. vortrug, erwähnt hat. Gleichwohl findet sich nirgends eine Spur, daß dem Willen des Landtags, geschweige denn dem der Staatsregierung, die Aufnahme einer „Anerkennung" unter die Requisite des besagten Erbrechts entsprochen habe.

2. Weiter aber ist der Meinung des angezogenen Sintenis S. 91 unbedenklich insoweit Beifall zu geben, daß es Verpflichtung des beweisbelasteten Klägers ist, unter Anderm auch Das zu bewahrheiten, daß die U. in dem Zeitraum, wo sie möglicher Weise dergestalt, daß die W. hieraus entspringen konnte, concipirte, mit einer zweiten Mannsperson, außer dem Y., den Beischlaf nicht vollzogen habe. Bloß für das Alimenten-Gebiet ist im §. 7. obigen Gesetzes von 1829 der Einrede-Begriff von dem Gesetzgeber hiebei applicirt. Diese Grenze, innerhalb deren auch der erste Absatz des §. 3. des Gesetzes vom 6. Jun. 1853[1]) lediglich sich bewegt, muß streng festgehalten werden. Analog kommt obige Authent. Interpr. v. 1841 in Betracht: add. *Müller* promt. s. v. succ. ab int. Rom. n. 21. i. f. Sollte nun ferner selbst die Theorie den Vorzug verdienen, daß somit für Erwähnung dieser Negation das Libell der geeignetere Platz gewesen, so würde doch, da Beklagter in der Einredeschrift die conträre Affirmation, wiewohl ohne Benennung eines sonstigen Concumbenten, behauptet, und in der Replik dem bestimmt widersprochen wird, schwerlich wider obiges Kürzergreifen des Processes der Mangel sattsamen Gehörs eingeworfen werden können.

3. Was endlich die Zeit des von Y. mit der W. verübten Beischlafs betrifft, so regt zwar Beklagter den Scrupel an, daß catego-

---

dekten des Sächs. R.; — und für die, — freilich Gottlob durch l. 3—6. D. I. 3. disrecommandirte, — Lehre bei Gründler Polemik Th. III. S. 362 fg., welche auf den „in domo affectus" Alles stellt, hat er gar keinen Gewährsmann in der Praxis finden können.

1) S. diese Blätter B. I. S. 105.

risch derselbe als während der im Gesetz v. 6. Jun. 1853. §. 3. vorgezeichneten kürzern Periode erfolgt habe asserirt werden sollen. Indeß ist schon unter Nr. 2. von uns auf das ganz verschiedene Gebiet, innerhalb dessen dieses Gesetz wirken soll, hingewiesen; und daneben das Römische Recht: l. 12. D. I. 5., l. 3. §. 11. et ult. D. XXXVIII. 16., l. 29. pr. D. XXVIII. 2., l. 4. C. VI. 29. in Gültigkeit in seiner vollkommenen, auf das Eheinstitut sich nicht beschränkenden, Allgemeinheit verblieben: zu vergl. Sintenis a. a. O. S. 92. Das Gesetz v. 1853 unterstellt, in der That contra rationem juris, die Abweisung der exc. congressûs cum pluribus. Umgekehrt ergiebt sich in unserm Falle vermöge des Momentes unter Nr. 2. oben, eine erhöhte Überzeugungskraft bezügig der Vaterschaft auch dann, wenn nur ein mit dem gewöhnlichen Naturlaufe, in welchem auf die Empfängniß die Geburt folgte, nicht ganz im Einklang stehender concubitus erwiesen werden sollte.

Nach Eröffnung dieser Sentenz kam ein Vergleich zu Stande, worin ohngefähr die Hälfte des Sextans bewilliget ward.

II.

A. hatte mit der B. die C. unehelich erzeugt, die letztre auch als seine Testamentserbin zu seinem, mehrere Tausende betragenden, Vermögen berufen. Nach seinem Tode veranlaßte die B. durch ihre Klage wider den Vormund der C. nachstehende Richtersprüche:

1. des Kreisgerichts Weimar v. Febr. 1852. Das Hauptgesuch der Klage geht auf Anerkennung eines mütterlichen Nießbrauchs. Wenn nun aber vorausgeschickt wird, daß die C. unter Einverständniß der Streittheile und der Obervormundschaft bei einem Dritten in Alimentation sich befindet, ohne daß die B. zu dem Aufwande dafür irgend beiträgt, so sucht man in den Rechtsquellen vergebens nach einer Stütze für den Klaganspruch. a) Das gemeine Recht kennt ihn nicht: Busch Rechte der Geschwächten S. 205. b) Das gemeine Sachsenrecht (Sachsenspiegel B. I. A. 11.) erwähnt jenen mütterlichen Nießbrauch lediglich von dem Standpuncte eines der ehelichen Mutter, kraft der ihr, gegenüber ihrem Ehemanne, gebührenden Erbfolge angefallenen Rechts; eine Anschauung, bei welcher Nov. 117. c. 5. eingewirkt haben mag; und welche sichtbar im Weimarischen Circ. v. 2. Aug. 1777 (Schmidt Ges.S. B. IX. S. 131.) festgehalten ist. Hieraus fließt nun aber: daß analoge Ausdehnung jenes gewohnheitsrechtlichen Instituts auf uneheliche Mütter, welche ja die in Weimar

im J. 1777 bestandene Legislation als strafbar ansah (Schmidt a.a.O. B. II. S. 172 fg.) unstatthaft ist: v. Savigny Syst. B. I. S. 290. c) Aber auch im J. 1833 hat der §. 60. des Erbfolgegesetzes v. 6. April (Reg.Bl. S. 113.) solch' einen Nießbrauch ganz unverkennbar nicht eingeführt. Allerdings hatte zwar, was die Strafbarkeit unehelicher Mütter betrifft, im J. 1833 die Gesetzgebung sich bereits zur heutigen Milde hinüber gewendet (Schmidt a. a. O. B. II. S. 174); allein unser §. 60. ließ es bei der in der ältern Quelle unter b. oben zwischen dem väterlichen und mütterlichen Nießbrauche gezogenen Parallele bewenden, während bei abweichender Intention der Anlaß sehr nahe gelegen hätte, gleichwie der unehelichen Eltern und Kinder in den §§. 18—27. ausführlich in andern Beziehungen gedacht ward, auch die dermalige Streitfrage zu regeln; um so mehr, als nach der Lebenserfahrung und nach dem Gesetz v. 13. April 1828 (Reg.Bl. S. 48) es als der gewöhnliche Fall betrachtet werden mußte, daß, was Ernährung betrifft, der unehelichen Mutter zu dem Kinde gerade dieselbe Stellung zufällt, wie sie im letzten Absatze des gedachten §. 60. bezeichnet wird.

2. des Appellations-Gerichts Eisenach vom Mai 1852. Wenn gefragt wird, worauf beruht der Nießbrauch der ehelichen Mutter, so darf er zwar nicht aus der falschen Lehre von einer potestas der Mutter: Heise u. Cropp Abhandl. B. I. S. 283., Kraut Vormundsch.R. B. II. S. 681. hergeleitet werden, allein die Sächsischen Juristen benutzten früh schon die Idee der Vormundschaft der Mutter über ihre Kinder unter Berufung auf den Sachsen-Spiegel Buch I. A. 11. S. *Wesenbeek* Paratitl. XXVI. 1. n. 5., *Berlich* Concl. II. 2. 14., bis *Carpzov* Def. II. 10. d. 13., Resp. VI. 70. zugleich mit obigem Grund für jene Anschauung jene selbst bestritt, und, wenn gleich von *Richter* Dec. I. 18. bekämpft, die Decis. Sax. 62. d. a. 1661 [1]) hervorrief. In den Ernestinischen Landen blieb die entgegengesetzte Ansicht fortwährend in Geltung: *Richter* l. l. n. 15., *Struv.* Exerc. 12. th. 5. Ist nun jene Vormundschaft die Quelle, aus der der Nießbrauch der ehelichen Mutter abfließt: s. Kraut a. a. O., Pfeiffer Ausführ. B. II. S. 162., so leuchtet ein, daß, weil jener Grund bei der unehelichen Mutter nicht zutrifft: Kraut a. a. O. S. 679., Emminghaus Pand. S. 408. St. 50., auch von dem Folgesatz nicht die Rede sein kann. Auch das Besitzrecht der überlebenden Wittbe muß

1) Emminghaus Pand. S. 378.

als eine Wirkung der ehelichen Güterverhältnisse aufgefaßt werden: Kraut a. a. O. S. 687., Gerber deutsch. Priv. §. 241 a. E. Haben nun auch *Richter* l. l. n. 15. und die Henneberg. Landes-Ordnung v. 1539. B. III. Tit. 4. C. 12. §. 15., ja selbst das Weimar. Gesetz v. 6. April 1833. §. 60. jenen Nießbrauch mit einer Ernährungs- oder Erziehungs-Pflicht der Mutter in Verbindung gebracht, so ist damit doch der wahre Grund desselben, die mütterliche Vormundschaft, nicht etwa verworfen, oder auch nur in den Hintergrund geschoben, da diese Pflicht gerade umgekehrt aus dem Nießbrauchsrechte der ehelichen Mutter abgeleitet, also als Folge hingestellt, nicht aber über den Grund des letztern, welcher nach wie vor derselbe bleibt, entschieden worden. Auf die Ansicht Heimbach's Sächs. Priv.R. §. 111. Not. 6., wonach jener Nießbrauch für eine Singularität erklärt wird, braucht nicht recurrirt zu werden; ebensowenig auf eine Ableitung dieses Nießbrauchs aus dem Erbrechte der Gatten: Nov. 117. c. 5. Der §. 60. des Gesetzes v. 1833 ordnet bloß den Nießbrauch der ehelichen Mutter an; das ergiebt die Stellung des §. 60. im Abschnitt III. des Gesetzes. Ebenso die Weimar. Statuten v. 1590. A. 31. S. Schmidt GesetzS. B. VIII. S. 129.

Übersicht der Gesetzgebung der Thüringischen Staaten.

Überblick über die neueste Landesgesetzgebung der zum OAGericht zu Jena vereinten Staaten im Gebiete des Civilprocesses und Privatrechts,

seit dem Jahre 1850 bis zum Schlusse des Jahres 1854.

Vom Herrn OAGRath Dr. Heimbach zu Jena.

(Schluß aus Nro. 4.)

II. Privatrecht.

A) Personenrecht.

In Betreff der Rechtsverhältnisse, welche aus außerehelicher Geschlechtsgemeinschaft entspringen, ist außer dem schon anderwärts erwähnten Rudolst. Gesetz v. 31. Mai 1850 [1]) zu bemerken das Reuß. Greiz. Gesetz, die Verhütung sogenannter wilder Ehen und die durch außereheliche Schwängerung bedingten Rechtsverhältnisse betr. v. 4. Januar 1854. Durch die Ge-

1) S. Heimbach particul. Privatrecht Bd. 2. S. 50 f.

burt eines außer der Ehe erzeugten Kindes entsteht für den Vater desselben die Verbindlichkeit zur Bezahlung der Kosten der Entbindung, Taufe und des Wochenbetts, zur Bezahlung eines jährlichen Alimentengeldes für das Kind bis zu dessen erfülltem 14. Lebensjahre und zur Bezahlung der Kosten der Beerdigung, wenn das Kind vor dem 14. Lebensjahre sterben sollte. Die richterlich festzustellende jährliche Alimentensumme darf nicht unter 12 Thalern und nicht über 60 Thaler betragen; es kann bei eingetretener bleibender Verbesserung der Vermögensverhältnisse des Verpflichteten eine Erhöhung der richterlich festgesetzten Summe auf Antrag Statt finden. Als Vater eines unehelichen Kindes gilt derjenige, welcher innerhalb des Zeitraums vom Anfang des 210. Tages bis zu Ende des 285. Tages von der Entbindung der Mutter zurückgerechnet, mit derselben den Beischlaf vollzogen hat. Gegen denjenigen, welcher außerhalb dieses Zeitraums mit der Mutter des Kindes sich fleischlich vermischt hat, ist ein Anspruch nur dann zulässig, wenn zugleich bei der Klagerhebung ärztliche Bescheinigung darüber beigebracht wird, daß eine derartige Verfrühung oder Verspätung der Niederkunft eingetreten sei, welche die Wahrheit der Angabe über den Zeitpunct der Empfängniß nicht ausschließt. Erst nach erfolgter Geburt des Kindes kann gegen den Schwängerer geklagt werden. Die exceptio congressus cum pluribus ist auch bei Namhaftmachung der Concumbenten nicht zu beachten. Die alternative Verbindlichkeit des Schwängerers zur Ehelichung oder Ausstattung der Geschwächten ist aufgehoben. Nur dann hat die Geschwächte einen Anspruch auf Ausstattung, wenn sie vom Schwängerer vor Vollziehung des Beischlafs ein wenn auch nicht formell gültiges Eheversprechen erhalten hat und kein der Geschwächten bekanntes gesetzliches Ehebündniß vorhanden ist, oder wenn die Schwängerung durch Nothzucht oder Benutzung eines vorhandenen unzurechnungsfähigen Zustandes oder in Folge einer Entführung Statt gehabt hat, oder wenn die Geschwächte von einem Ehemann zur Bigamie verleitet worden ist und dessen Verheirathung nicht gekannt hat. Die richterlich festzustellende Ausstattung darf nicht unter 20 Thalern betragen, und im ersten Falle 100 Thaler, in Fällen der zweiten Art 500 Thaler nicht übersteigen. Die Verpflichtung zur Alimentation geht, wenn der Vater unvermögend ist, auch die Mutter das Kind aus eigenen Mitteln nicht erhalten kann, auf deren Eltern, eventuell auf ihre Großeltern über; die Abscendenten des Vaters eines unehelichen Kindes haben keine Alimentationsverbindlichkeit (§. 7—13.).

Der im Fürstenthume Reuß älterer Linie früher bestehende Gesindezwangsdienst ist für die Domänengüter durch Verordnung v. 25. April 1848, für die Rittergüter durch Verordnung v. 1. Februar 1854 aufgehoben. Andere neuere Landesgesetze, welche das Dienstbotenwesen betreffen, sind anderwärts erwähnt [1]).

1) S. Heimbach particul. Privatrecht Bd. 2. S. 55 f.

Die juristischen Personen anlangend, so ist das Communalwesen neuerdings wieder Gegenstand der Gesetzgebung in mehreren Staaten geworden. Die im Jahre 1850 publicirten Gemeindeordnungen sind in mehreren Staaten einer Revision unterworfen worden. Deren Resultat ist die Weim. Eis. revidirte Gemeindeordnung v. 18. Januar 1854 und das Sondersh. Gesetz, die Abänderung der Gemeindeordnung v. 15. April 1850 betr. v. 24. April 1854. Es kann hier unmöglich aller der Abänderungen der früheren Gemeindeordnungen im Einzelnen gedacht werden. Die Hauptabänderung besteht darin, daß die Stimmberechtigung in Gemeindeangelegenheiten in ein angemesseneres Verhältniß mit der Verpflichtung zu den Communallasten beizutragen, gebracht ist. Die Verfassung der Gemeinden und die Gemeindebehörden sind die früheren geblieben.

B) Sachenrecht.

1) Eigenthumsrecht.

In Betreff der Verschiedenheit der Sachen nach dem Eigenthümer sind die rücksichtlich des Domänenvermögens eingetretenen Veränderungen zu bemerken.

Das Weim. Eis. Gesetz v. 4. Mai 1854 stellt auf Grund getroffener Verabschiedung mit dem Landtage hinsichtlich des Eigenthums an dem nach dieser Vereinbarung von dem landschaftlichen Vermögen seiner Substanz nach wieder abzutrennenden Kammervermögen die vor dem 6. April 1848 bestehenden durch das Gesetz über die Bedeutung des Kammervermögens v. 17. April 1821 festgestellten Rechte wieder her. Die Verwaltung des Kammervermögens bleibt dem Großherzoglichen Staatsministerium, Departement der Finanzen, übertragen, welchem auch die Vertretung in allen die Substanz dieses Vermögens betreffenden Angelegenheiten, wie Proceßführungen, Ablösungen, Abschließung von Verträgen u. s. w. übertragen ist. Das auf Grund einer Vereinbarung des Herzogs mit den Landständen erlassene Mein. Gesetz v. 3. Juni 1854 erkennt das Domänenvermögen an Grundbesitz, an den aus der Gutsherrlichkeit fließenden Renten und Gerechtsamen und an Activcapitalien als Eigenthum des Herzoglichen Hauses und dessen Eigenschaft eines Familienfideicommisses des Herzogl. S. Gothaischen Gesammthauses an. Über die Bestandtheile dieses Vermögens soll den Landständen binnen Jahresfrist ein specielles Verzeichniß mitgetheilt werden. Ergiebt sich bei dessen Prüfung, daß einzelne Theile des darin aufgenommenen, bisher als Domänengut behandelten Complexes vielmehr Eigenthum des Landes sind, so sind sie auszuscheiden und dem Lande abzutreten. Bei darüber entstehenden Zweifeln und in Ermangelung einer Einigung über einen desfallsigen Anspruch des Landes, schlägt der Herzog drei oberste Gerichtshöfe deutscher Staaten vor, aus welchen ein vom Landtage zu erwählender schiedsrichterlich entscheidet. Zur Anrufung der schiedsrichterlichen Entscheidung ist

eine ausschließliche Frist von 6 Jahren, vom Tage der Mittheilung der Verzeichnisse an die Landstände gerechnet, bestimmt. Das Schiedsgericht ist hinsichtlich des anzuwendenden Verfahrens an die Vorschriften der Proceßgesetzgebung nicht gebunden; es kann vielmehr durch Denkschriften oder auf andere ihm geeignet scheinende Weise die Streitfrage erörtern; es ordnet von Amtswegen bezüglich der Ermittelung und Aufklärung das Nöthige an und entscheidet nach freier, aus gewissenhafter Prüfung gewonnener rechtlicher Überzeugung. Von dem Domänenvermögen bleiben ausgeschlossen die sonst in die Kammercasse geflossenen directen und indirecten Steuern, die Einkünfte aus Regalien und die aus der Übung der landesherrlichen Gewalt entspringenden Gefälle. Zur Gültigkeit jeder Veräußerung des Domänenguts gehört, unbeschadet des agnatischen Consenses, die Zustimmung der Landstände, außer wenn die Veräußerung eine rechtlich nothwendige ist, oder wenn bei freiwilligen Veräußerungen der Schätzungswerth des veräußerten Gegenstandes nicht 5000 Gulden übersteigt. Der Erlös ist der Substanz zu erhalten. Neue Domänenschulden, d. h. solche, wodurch der Gesammtbetrag derselben vermehrt wird, können nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Landstände gemacht werden, widrigenfalls dieselben für den Regierungsnachfolger, wenn er auch Sohn des Vorgängers in der Regierung ist, unverbindlich sind. Die Landstände sind schuldig, zur Aufnahme neuer Schulden ihre Einwilligung zu geben: a) wenn die Schulden zum Erwerbe neuer Domänengüter gemacht werden, auf die Hälfte des Kaufpreises; b) bei der Vermählung des Herzogs und der Glieder des Herzoglichen Hauses zu einem mit den Ständen zu vereinbarenden Betrage, welcher sich nach den Umständen richtet; c) bei Unglücksfällen, welche das Residenzschloß betreffen, zu dessen Wiederherstellung. Der Domänenetat wird vom Regenten mit Beirath der Landstände festgestellt. Ein Theil der Überschüsse der Domäneneinnahme wird zur Verwendung für die Zwecke der Landesverwaltung abgegeben. Das Domänenvermögen einschließlich des Cassewesens wird durch Staatsbehörden unter Oberaufsicht des Staatsministeriums verwaltet. Von dem Domänengut wird das Schatull- und Allodialvermögen des Herzoglichen Hauses unterschieden; dasselbe ist Eigenthum des Herzoglichen Hauses, und zwar, so lange der Mannsstamm dieses Specialhauses besteht, in der Eigenschaft eines Familienfideicommisses für denselben. Über die Bestandtheile dieses Vermögens soll den Landständen ebenfalls ein Verzeichniß mitgetheilt werden, hinsichtlich dessen Prüfung und eventueller schiedsrichterlicher Entscheidung die vorher erwähnten Bestimmungen gelten. Die Inventarien sowohl der zum Domänenvermögen, als zum Schatull- und Allodialgut gehörenden Herzoglichen Schlösser und zur Hofhaltung dienenden Gebäude sind Bestandtheile des Schatull- und Allodialguts, jedoch sind die Inventarien nur im Ganzen Pertinenz dieses Vermögens, und ihre Veränderung im Einzelnen hängt lediglich von dem Ermessen

des jeweiligen Oberhauptes des Herzoglichen Hauſes ab, ohne daß deßhalb jemals gegen ihn Allodialanſprüche geltend gemacht werden könnten. Das Altenb. Geſetz wegen anderweiter Regulirung der Rechtsverhältniſſe am Domanialvermögen v. 18. März 1854 erklärt das Domänenvermögen mit allen demſelben zuſtehenden Rechten, aber auch mit allen Oblaſten, Aufwänden und Leiſtungen, welche damit vor dem 1. Januar 1849 rechtlich, ſei es nach dem Grundgeſetz, oder nach dem Herkommen verbunden waren, für Eigenthum des Herzoglichen Hauſes. Die Grundlage der aufzuſtellenden Überſicht des Domänenvermögens iſt der Beſtand deſſelben nach dem von der Landſchaft genehmigten Abſchluß der Finanzrechnung für das Jahr 1853. Über die bei Aufſtellung dieſer Überſicht zwiſchen den Herzoglichen Commiſſarien und der Landſchaft entſtehenden, im Wege der Verhandlung nicht zu löſenden Differenzen entſcheidet eine ſchiedsrichterliche Commiſſion, zu welcher der Herzog den einen Schiedsrichter ernennt, die Landſchaft den zweiten wählt, der Obmann aber gemeinſchaftlich, im Richteinigungsfalle von dem OAGerichte zu Jena beſtellt wird. Eine Veräußerung oder Verpfändung irgend eines Theils des Domänenvermögens, überhaupt eine Verminderung der Subſtanz deſſelben bedarf der ausdrücklichen Einwilligung der Landſchaft, widrigenfalls jede ſolche Verfügung ipso jure null und nichtig iſt. Gewiſſe Fälle oneroſer Veräußerung ſind von der Einwilligung der Landſchaft ausgenommen, nämlich die Fälle geſetzlicher Expropriation und geſetzlicher Ablöſung, Zuſammenlegungen von Grundſtücken oder ſonſtige im Intereſſe der Finanzverwaltung erfolgende Austauſchungen von Grundſtücken, ſofern der Werth des Domanialgrundbeſitzes um nicht mehr als 500 Thaler gemindert wird, Veräußerung entbehrlicher Gebäude, Veräußerung von Grundſtücken zum Werthe von nicht mehr als 500 Thalern aus wirthſchaftlichen Rückſichten, zu gemeinnützigen öffentlichen Zwecken, zur Beförderung der Landescultur oder zur Beendigung eines über Eigenthum oder Dienſtbarkeiten anhängigen Rechtsſtreits, Veräußerung von Activcapitalien und Quittirung über zurückgezahlte Activcapitalien. Der Erlös iſt in allen dieſen Fällen zu neuen Erwerbungen zu verwenden, oder einſtweilen zinsbar anzulegen. Gegen abfällige Entſchließungen der betreffenden Gerichtsbehörden über Anträge auf Beſtätigung beabſichtigter Veräußerungen vom Domanialgut findet in letzter Inſtanz Recurs an das OAGericht Statt. Derſelbe Gerichtshof entſcheidet auch über Differenzen, welche in Folge der Beſtimmungen über Veräußerung und Verpfändung des Domänenguts zwiſchen dem Herzog und dem Herzoglichen Hauſe einer Seits und der Landſchaft anderer Seits hervortreten und nicht verglichen werden können. Die Verwaltung des Domänenguts bleibt den Staatsfinanzbehörden übertragen, welche es für Rechnung des Staatsfiscus nach den für die Verwaltung des Staats- (Oberſteuer-) Vermögens beſtehenden Vorſchriften verwalten. Die Nutzungen und Erträge des Domä-

nenguts fließen in die Hauptfinanzcasse. Der Herzog bezieht dafür eine jährliche Civilliste oder Domanialrente, welche für jetzt auf 128,000 Thaler festgesetzt ist. Neben der Civilliste sind dem Herzog und dem Herzoglichen Hause gewisse zum Domänengut gehörige Gebäude und Grundstücke zur eigenen Benutzung vorbehalten; es ist genau bestimmt, welche Reparaturen an diesen Gebäuden der Civilliste, und welche der Finanzhauptcasse zur Last fallen. Das Rudolst. Grundgesetz v. 21. März 1854. §. 9—11. erklärt das Kammervermögen mit allen Rechten und Beschwerden für immerwährendes fideicommissarisches Eigenthum des Fürstlichen Hauses, welches in demselben nach den Grundsätzen der Staatserbfolge forterbt. Die Veräußerung der Domänen bedarf der Zustimmung des Landtags, außer so weit solche minder bedeutende Theile des Domänenguts betrifft, namentlich Ablösung der Rechte und Verpflichtungen desselben in Frage ist. Die Überschüsse der Domäneneinkünfte, welche nach Bestreitung des Fürstlichen Hofhalts und des Unterhalts der Fürstlichen Familie übrig bleiben, werden für Zwecke der Landesverwaltung verwendet.

Über die Verwaltung des Vermögens der Kirchen und Schulen enthält das Rudolst. Gesetz, die Errichtung von Kirchen- und Schulvorständen in den evangelisch-lutherischen Kirchengemeinden betr. v. 17. März 1854 nähere Bestimmungen. Überhaupt enthält dieses Gesetz, wie die Weim. Eis. Kirchgemeindeordnung v. 24. Juni 1851 eine wesentliche Änderung in der Verfassung der evangelisch-lutherischen Landeskirche, indem es den Kirchengemeinden eine größere Einwirkung auf die kirchlichen Angelegenheiten durch die aus ihrer Mitte gewählten Kirchen- und Schulvorstände verstattet. Mitglieder des Kirchen- und Schulvorstandes sind der Ortsgeistliche, der Lehrer der Ortsschule, der erste Ortsvorstand und eben so viel von der Gemeinde gewählte Mitglieder, als Geistliche und Lehrer im Kirchen- und Schulvorstande sitzen. Die Wahl dieser Mitglieder geschieht durch die Stimmberechtigten in der Gemeinde aus den Gemeindegliedern, welche der Kirchen- und Schulvorstand zu diesem Behufe in doppelter Anzahl zum Vorschlag bringt. Stimmberechtigt ist jedes männliche Mitglied der Kirchengemeinde, welches 25 Jahre alt ist, das Ortsbürgerrecht in der zur Kirchengemeinde gehörigen Ortsgemeinde hat, in selbstständigen Verhältnissen lebt, namentlich weder für seine Person, noch für sein Vermögen unter Vormundschaft steht, auch sich im vollen Besitz der staatsbürgerlichen Rechte befindet, und sich zur evangelisch-lutherischen Kirche bekennt. Wählbar sind diejenigen Mitglieder der Kirchengemeinde, welche 30 Jahre alt sind, die Eigenschaften der Stimmberechtigten an sich tragen, einen sittlichen christlichen Lebenswandel führen und ihre dem Glauben und Bekenntnisse der Kirche entsprechende Gesinnung durch Werthschätzung der kirchlichen Gnadenmittel bethätigen. Der Wirkungskreis des Kirchen- und Schulvorstandes ist näher bestimmt. Insbesondere

hat er die Beaufsichtigung und Verwaltung des kirchlichen und örtlichen Stiftungsvermögens, so wie die Vertretung der Gemeinde in den darauf bezüglichen Rechtssachen, die Überwachung der Bewirthschaftung und die Sicherung der Kirchen-, Pfarrei- und Schulgrundstücke, die Mitwirkung bei Baulichkeiten an Kirchen-, Pfarr- und Schulgebäuden. Die Beschlüsse des Kirchen- und Schulvorstandes werden nach absoluter Stimmenmehrheit gefaßt; bei Stimmengleichheit ist die Stimme des Vorsitzenden entscheidend. Die Beschlüsse bedürfen bald der Genehmigung des Fürstlichen Ministeriums, Abtheilung für Kirchen- und Schulsachen, bald der der Kirchen- und Schulinspection. Erstere ist nöthig bei Veränderungen in der Dotation der geistlichen oder Schulstellen, bei Neubauten und solchen Reparaturen, welche eine veränderte Einrichtung oder Benutzung der für geistliche oder Schulzwecke bestimmten Räume herbeiführen, bei Darlehnsaufnahmen über 200 Thaler, bei Ausschreibung von Anlagen und Veräußerung von Bestandtheilen des Kirchen-, Pfarrei- und Schulvermögens ausschließlich der Ausleihung von Geldern, bei mehrjährigen Verpachtungen von Pfarrei- und Schulgrundstücken, welche den Dienstnachfolger binden sollen. Letzterer bedarf es bei Darlehnsaufnahmen bis zu 200 Thalern und bei Verpachtung von Kirchenländereien.

Hinsichtlich der Aufbringung des für Kirchen und Schulen erforderlichen Aufwandes ist wichtig die Reuß. Greiz. Verordnung v. 7. Januar 1854. Das Gesetz spricht zuvörderst die allgemeine Verbindlichkeit der Kirchen- und Schulgemeinden aus, die zu ihren Kirchen und Schulen erforderlichen Mittel anzuschaffen; diese Verpflichtung tritt jedoch nur insoweit ein, als der laufende Aufwand nicht aus den laufenden Einkünften des Kirchen- oder Schulvermögens bestritten werden kann. Stehen mehrere Gemeinden im Kirchen- oder Schulverbande, so sind sie sämmtlich zur verhältnißmäßigen Mitleidenheit bei Aufbringung des Bedarfs verbunden. Bei dem durch Vertrag, rechtskräftiges Erkenntniß oder Herkommen bestimmten Maaß dieser Mitleidenheit soll es bewenden. In Ermangelung eines solchen Maßstabs hat das Consistorium einen solchen zu bestimmen. Zur Aufbringung des Bedarfs für Kirchen und Schulen sind alle Mitglieder der Kirchen- und Schulgemeinden und das ganze im Kirchen- und Schulbezirk befindliche unbewegliche Eigenthum heranzuziehen. Rücksichtlich der auf der Person ruhenden Anlagen sind ausgenommen die Kirchen- und Schuldiener, die einem anderen Glauben zugethanen Gemeindeglieder, so wie die außerhalb der Kirchen- und Schulgemeinde wesentlich Wohnhaften. In Ansehung der auf dem Grundbesitz ruhenden Anlagen sind ausgenommen das Staats- und landesherrliche Domanialeigenthum, die Kirchen-, Schul- und Gemeindegrundstücke, und alles von Gemeindegliedern außerhalb des Kirchen- und Schulbezirks besessene Grundeigenthum. Hinsichtlich der Aufbringung des Bedarfs für Kirchen und Schulen in den einzelnen Gemeinden, bewendet es in den Städten bei dem in der bezüglichen Stadtordnung Bestimmten. Die Landgemeinden anlangend,

so ist jede Gemeinde befugt, den Repartitionsfuß durch Übereinkunft festzustellen, wobei sie an die Vorschriften des Gesetzes nicht gebunden ist. Zur Verbindlichkeit einer solchen Übereinkunft für die sämmtlichen Gemeindeglieder bedarf es einer Stimmenmehrheit von wenigstens zwei Dritttheilen in jeder Classe der Ortseinwohner nach der bisherigen Einrichtung (Bauern, Feldhäusler und Kleinhäusler). Dieses Erforderniß zeigt, daß hier von keiner Übereinkunft, sondern von einem zu errichtenden Statut die Rede ist. Auch die Rittergüter sind zu dem Bedarf für Kirchen und Schulen beizutragen verbunden. Ihre Beitragspflicht beschränkt sich lediglich auf die Kirchen- und Schullasten der Gemeinde, in welcher der Rittersitz liegt. Rittergüter ohne Grundbesitz haben keine Beitragspflicht. Wo in Folge Vertrags oder auf Grund eines anderen Rechtstitels das Rittergut zu den gesammten Kirchen- und Schullasten der Gemeinde bereits bestimmte Beiträge zu entrichten hat, bewendet es bei dieser Einrichtung; wo dieses nicht der Fall ist, hat in Ermangelung einer Übereinkunft zwischen dem Rittergutsbesitzer und der Gemeinde das Consistorium nach vergeblich versuchter gütlicher Vermittelung den Beitrag des Ritterguts nach billigem Ermessen zu bestimmen, zunächst nach Verhältniß der Zahl der Bewohner des Ritterguts zu der Zahl der gesammten Ortseinwohner, dabei aber mit Berücksichtigung des Grundbesitzes des Ritterguts und des Umstandes, welche Beiträge das Rittergut zu Kirchen- und Schulzwecken, namentlich zur Besoldung der Geistlichen und Schullehrer vermöge älterer Stiftungen, bestehender Verträge oder nach dem Herkommen zu leisten hat. Rücksichtlich des von den Kammergütern zu leistenden Beitrags ist besondere Bestimmung vorbehalten. Will eine Gemeinde den herkömmlichen Repartitionsfuß nicht beibehalten und kann sich auch über einen neuen nicht vereinigen, so tritt, sobald die Mehrzahl der Hausbesitzer, ohne Rücksicht auf die verschiedenen Classen, darauf anträgt, die Regulirung nach folgenden Grundsätzen ein. Die gesammte Last wird zu einem Viertheil auf die Mitglieder der Kirchen- und Schulgemeinde, und zwar nach Haushaltungen, die übrigen drei Viertheile werden auf das ganze im Kirchen- und Schulbezirk befindliche Grundeigenthum gelegt. Das auf die Personen (Haushaltungen) zu legende Viertheil wird so angelegt, daß ohne Rücksicht auf die Zahl der Familienglieder die Haushaltung eines Hausbesitzers mit 4, einer Hausgenossenfamilie mit 2, eines einzelnen Hausgenossen mit 1 in Ansatz gebracht wird. Die auf den Grundbesitz zu legenden 3 Viertheile sind nach den durch das Gesetz v. 5. Januar 1854 für weltliche Gemeindelasten aufgestellten Grundsätzen festzustellen. Nach erfolgter Regulirung des Repartitionsfußes für Kirchen- und Schulbedürfnisse fallen alle Naturalleistungen zu obigem Zweck an Spann- und Handdiensten weg; diese Dienste sind vielmehr durch Lohngespann und Lohnarbeiter zu verrichten und der Aufwand dafür nach dem festgesetzten Repartitionsfuße aufzubringen.

In Ansehung des Erwerbs des Eigenthums an Grundstücken ist auf das Altenb. Gesetz über die Grund- und Hypothekenbücher v. 13. October 1852 §. 1. f., Cob. Gesetz, das Verfahren bei Eigenthumsveränderungsfällen an freieigenthümlichen Grundstücken betr. v. 31. März 1852, Sondersh. Gesetz, die Übertragung des Eigenthums an unbeweglichen Sachen durch gerichtliche Zuschreibung betr. v. 10. März 1852 aufmerksam zu machen, deren Inhalt bereits anderwärts vom Verfasser mitgetheilt ist [1]).

Die Vindication und andere dingliche Klagen sind in Bezug auf öffentliche Papiere, welche auf jeden Inhaber lauten, durch das Mein. Gesetz v. 9. April 1850 und Sondersh. Gesetz v. 21. Mai 1852 ausgeschlossen [2]).

Die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums anlangend, und zwar die Verbindlichkeit der Eigenthümer, sich die Zusammenlegung der Grundstücke gefallen zu lassen, so ist der Weim. Eis. Nachtrag zu dem Gesetz über die Zusammenlegung der Grundstücke v. 25. August 1848, v. 9. Januar 1854 zu bemerken. Der Weim. Nachtrag ändert das Gesetz v. 25. August 1848 [3]) darin ab, daß 1) die in §. 2. a. des Gesetzes vorausgesetzte Mehrheit der Grundstücksbesitzer bei einem Zusammenlegungsplane dann ohne weiteren Unterschied der Fälle als vorhanden angenommen wird, wenn mehr als die Hälfte der Stimmen sich für die beantragte Zusammenlegung erklärt; 2) daß die Stimmberechtigung eines jeden Theilnehmers an der Zusammenlegung nach der Größe seiner in den Zusammenlegungsplan gezogenen Parzellen bestimmt wird; 3) daß, so lange sich in den in §. 2. a. und 3. des Gesetzes v. 25. August 1848 erwähnten Fällen mindestens die Hälfte der Stimmen gegen die Zusammenlegung erklärt, diese in der beantragten Weise nicht zur Ausführung gebracht werden darf. Dagegen spricht das Cob. Gesetz über Förderung der Zusammenlegung der Grundstücke v. 10. Juni 1854 keine Verbindlichkeit der Grundeigenthümer aus, sich die Zusammenlegung gefallen zu lassen, sondern es sucht dieselbe nur durch Nachlaß oder Minderung der Gerichtsgebühren zu befördern. Das Sondersh. Gesetz über Ablösung von Servituten, Gemeinheitstheilungen und Zusammenlegung der Grundstücke v. 2. April 1854. §. 1 f. 70—94. läßt einen Zwang zur Zusammenlegung zu, wenn mehr als der vierte Theil der Stimmen der gesammten Besitzer der gleich nachher zu bezeichnenden Grundstücke im Gemeindebezirke sich dafür erklärt. Eine Nöthigung zur Zusammenlegung ist nur zulässig, wegen der Äcker, Wiesen, Anger und Lehden und der vereinzelt im Felde liegenden Holzblößen, Wald- und Buschparcellen, wenn sie nach dem Ermessen Sachverständiger als Artland oder Wiesen vortheilhafter benutzt werden können. Das Stimmrecht eines jeden betheiligten Besitzers wird nach dem Verhältnisse seines Grundbesitzes, so weit derselbe zu den vorher bezeichneten Gattungen

1) S. Heimbach particul. Privatrecht Bd. 2. S. 152—160.
2) Ebend. S. 160—163. 3) Vergl. ebend. S. 164 f.

gehört, dergestalt bemessen, daß auf jeden preußischen Morgen Grundbesitz im Gemeindebezirke eine Stimme gerechnet wird; erreicht der gesammte Grundbesitz eines Eigenthümers im Gemeindebezirke keinen preußischen Morgen, so hat er kein Stimmrecht. Über das Weitere ist auf das Gesetz zu verweisen.

2) Servituten.

In Bezug auf Servituten sind die neuesten Ablösungsgesetze anzuführen. Es gehören hierher das Reuß. Greiz. Gesetz die Ablösung der Hut- und Triftgerechtigkeiten betr. v. 30. Mai 1852 und das vorher angeführte Sondersh. Gesetz über Ablösung von Servituten u. s. w. v. 2. April 1854. Letzteres läßt für die Zukunft keine erwerbende Verjährung der nach dem Gesetz der Ablösung unterliegenden Servituten zu.

3) Pfandrecht.

Außer den vom Verfasser bereits anderwärts erwähnten wichtigen Veränderungen, welche in Bezug auf das Pfand- und Hypothekenwesen durch das Altenb. Gesetz, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betr. v. 13. October 1852 und das Sondersh. Gesetz v. 5. April 1852 getroffen worden sind, ist des Goth. Gesetzes, einige Abänderungen im Hypothekenwesen betr. v. 22. April 1854 zu gedenken. Hiernach erfolgt die Execution und Immission in Grundstücke durch eine hierauf gerichtete Erklärung des Richters der gelegenen Sache, von welcher das richterliche Pfandrecht seinen Anfang nimmt. Der Richter der gelegenen Sache hat sofort nach Bestellung dieses Pfandrechts eine Abschrift des hierüber auszustellenden Hülfsscheins mit Angabe des Tags der Entstehung des Pfandrechts an die betreffende Lehnsbehörde abzugeben, welche dieses Pfand- und Immissionsrecht in dem Lehnsconsensbuche ohne Verzug anzumerken und, daß dieß geschehen sei, dem Richter durch Rückgabe der mit Eintragsvermerk versehenen Abschrift des Hülfsscheins bekannt zu machen hat. Die gesetzlichen Pfandrechte, welche bisher den Ehefrauen wegen des Eingebrachten am Vermögen der Ehemänner, der Staatscasse und allen anderen herrschaftlichen Cassen und Einnahmen zu ihrer Sicherstellung wegen der von ihren Verwaltern, Einnehmern und Rechnungsführern gewirkten Cassendefecte an dem Vermögen dieser Personen, so wie den Bevormundeten, milden Stiftungen und Corporationen an dem Vermögen ihrer Vormünder und sonstigen Verwalter ihrer Angelegenheiten wegen ihrer Ansprüche aus dieser Verwaltung zustanden, sind aufgehoben; die nach Maßgabe des früheren Rechts schon begründeten gesetzlichen Pfandrechte erlöschen mit Ende des Jahres 1856, insofern sie nicht aus einem anderen Grunde früher wegfallen. Restitution gegen den zufolge dieser Vorschrift eingetretenen Verlust eines Pfandrechts findet nicht Statt. Statt des wegfallenden gesetzlichen Pfandrechts wird ein einfaches persönliches Vorzugsrecht folgenden Gläubigern eingeräumt: 1) den Ehefrauen wegen des Eingebrachten am Vermögen des Ehemannes; 2) den Kin-

dern am Vermögen des Vaters wegen des Mutterguts, mit Ausnahme der Bestandtheile desselben, welche bei Lebzeiten der Mutter zu deren Receptizienvermögen gehörten; 3) den Bevormundeten, 4) den Corporationen nnd Stiftungen, 5) den unter Herzoglicher Verwaltung stehenden Cassen am Vermögen der Vormünder, bezüglich der Verwalter, Einnehmer, Cassen- und Rechnungsbeamten wegen der aus der Geschäftsführung derselben entstandenen Forderungen. Das Vorzugsrecht des Eingebrachten beginnt mit dem Tage der Illation, das Vorzugsrecht der Kinder mit dem Anfalle des mütterlichen Nachlasses, das Vorzugsrecht in den unter 3. 4. 5. genannten Fällen mit dem Zeitpuncte der Übernahme der Geschäftsführung. Das Vorzugsrecht zu 1. erlischt nach 4 Jahren von Auflösung der Ehe gerechnet, zu 2. nach 4 Jahren von Beendigung der väterlichen Gewalt, zu 3. 4. 5. mit dem Zeitpuncte vollständiger Entlassung (Dechargirung) der Vormünder, Verwalter, Einnehmer, Cassen- und Rechnungsbeamten. Treffen mehrere solche Vorzugsrechte im Concurse zusammen, so entscheidet das Alter über den Vorzug. Mit den Hauptstämmen werden auch die Kosten und zweijährige, vor Eröffnung des Concurses oder vor der früher erhobenen Klage fällig gewesene Zinsen, so wie die fortlaufenden Zinsen, zugleich in derselben Classe, der der privilegirten chirographarischen Gläubiger, locirt. Die früheren Zinsrückstände und die Hauptstämme selbst, wenn das Vorzugsrecht aufgehört hat, gehören in die IV. Classe. Das Vorzugsrecht geht auf die Erben und Cessionare über. Ist das Vorzugsrecht einmal erloschen, so ist Restitution dagegen unstatthaft. Weitere Sicherheitsmaßregeln für die mit diesem Vorzugsrechte versehenen Gläubiger sind nicht ausgeschlossen. So darf die Ehefrau wegen ihres Eingebrachten bei dem Richter der gelegenen Sache Bestellung einer Hypothek an den Grundstücken des Ehemannes, auch ohne dessen Beitritt verlangen, zu welchem Behufe sie ihrem darauf gerichteten Antrage ein Verzeichniß der zu verpfändenden Grundstücke beizufügen, auch die Summe, wegen welcher sie die Hypothek beansprucht, bestimmt anzugeben hat. Der Richter hat, wenn der Antrag gehörig eingebracht ist, die Hypothek ohne Verzug zu bestellen, was durch eine darauf gerichtete Erklärung des Richters geschieht, mit welcher das Pfandrecht beginnt. Dem Ehemann, wenn der Antrag ohne seine Zustimmung erfolgte, ist davon Nachricht zu geben, der Ehefrau aber ein Hypothekenschein auszustellen. Ein Widerspruch gegen die gedachte Hypothekenbestellung ist nicht zu beachten; den Widersprechenden steht nur die besondere Ausführung ihrer Einwendungen, auch bezüglich der Existenz und Größe der Forderung frei; namentlich darf der Ehemann, wenn die Hypothekenbestellung ohne seine Zustimmung auf mehrere Grundstücke erfolgt, und nicht die Verpfändung aller zur Sicherung erforderlich ist, die Löschung der Hypothek insoweit beantragen. Die wegen der erwähnten Widersprüche und Anträge entstehenden

Rechtsstreitigkeiten sind im unbestimmten summarischen Processe zu verhandeln. Eben so hat die Vormundschaftsbehörde, wenn bei einem ohne alle oder ohne genügende Caution zugelassenen Vormunde erhebliche von ihm zu vertretende Gewährschaftsposten oder Defecte sich ergeben, die nicht sofort beizubringen sind, oder sonst eine besondere Sicherstellung für sachgemäß erachtet wird, im Interesse der Bevormundeten für Leistung genügender Caution bis auf den Werthsbetrag der gedachten Posten oder Defecte zu sorgen. Es kann dieß durch Bestellung einer Hypothek an den Grundstücken des Vormunds geschehen. Dem Vater soll wegen des mütterlichen Vermögens der Kinder, wegen dessen denselben bisher das gesetzliche Pfandrecht zustand, die Leistung einer besonderen Caution nur dann angesonnen werden, wenn solches der Vormundschaftsbehörde nach Beschaffenheit seiner Vermögensverhältnisse oder nach seiner Wirthschaftsführung nöthig erscheint. Der Betrag der Caution richtet sich nach dem Werthe der unter dem Vermögen der Kinder befindlichen Mobilien. Sie kann durch Bestellung einer Hypothek an den Grundstücken des Vaters beschafft werden. Kann der Vater die Caution nicht leisten, so ist einem den Kindern zu bestellenden besonderen Vormunde die Verwaltung ihres Vermögens zu übertragen, unbeschadet des dem Vater gebührenden Rechts auf die Nutzungen. Endlich hat, wenn die oben gedachten Verwalter, Einnehmer u. s. w. Grundstücke besitzen, und entweder keine Caution bestellt haben oder die von ihnen bestellte Caution sich zur Deckung der von ihnen zu vertretenden Gewährschaftsposten und Defecte als ungenügend ergiebt, der Richter, unter welchem die Grundstücke liegen, auf Antrag der vorgesetzten Behörde dieser Personen in ähnlicher Weise, wie wegen der Vormünder bestimmt ist, eine Hypothek zu bestellen. Diese Sicherheitsmaßregeln heben das vorher erwähnte Vorzugsrecht nicht auf. Die bei einer nothwendigen Subhastation von Grundstücken in dem Gesetz wegen Abkürzung und Verbesserung des Verfahrens im ordentlichen Processe v. 12. October 1837. §. 25. vorgeschriebene Ermittelung bloß der älteren Hypothekengläubiger, so wie die Bestimmung, daß die so ermittelten oder dem Richter sonst schon bekannten älteren Pfandgläubiger bei Erlaß des Subhastationspatents von der bevorstehenden Versteigerung zum Behuf der Wahrung ihrer Rechte zu benachrichtigen sind, und wenn dieß geschehen, deren Pfandrechte unbedingt durch die Subhastation erlöschen sollen, ist aufgehoben und statt dessen verordnet, daß es zwar bei der Benachrichtigung der ermittelten Hypothekengläubiger von der bevorstehenden Subhastation bei Erlaß des Patents bewende, aber aus der unterlassenen Meldung der Forderung bei dem subhastirenden Richter so wenig, wie aus dem Nichterscheinen der Gläubiger im Versteigerungstermin ein Verzicht auf ihr Pfandrecht zu folgern sei. Die auf einem zwangsweise versteigerten Grundstücke haftenden Hypotheken sollen durch vollständige Berichtigung der Erstehungssumme erlöschen, gleichviel ob solche zur Befriedigung

sämmtlicher Hypothekengläubiger hinreicht oder nicht. Werden jedoch zur Befriedigung gelangende Hypotheken von dem Ersteher durch Übereinkunft mit den betreffenden Gläubigern auf Abrechnung an dem Kaufgelde gerichtlich übernommen, so dauern sie fort.

4) Eigenthumsrecht im Verhältniß zur Landeshoheit.

a) In Bezug auf Gewässer ist das sehr ausführliche Weim. Eis. Gesetz über den Schutz gegen fließende Gewässer und über die Benutzung derselben v. 16. Februar 1854 zu bemerken. Dadurch ist das Gesetz über die Verbindlichkeit zum Wasser- und Uferbau v. 15. Mai 1821 aufgehoben. Abschn. I. enthält allgemeine Grundsätze über die Pflicht zu Schutzvorrichtungen gegen das Wasser im Allgemeinen, über die Behörden zur Genehmigung von Bauten für Schutz- und Nutzungszwecke, über die Fälle, in welchen der Rechtsweg Statt findet, über die Pflicht zur Kostentragung überhaupt und die Beitragsleistung aus der Staatscasse, über die Bestätigung der Verträge über die Unterhaltung von Wasserbauwerken. Abschn. II. handelt von der Verbindlichkeit zu Wasserschutzbauten und Arbeiten und von den Kosten für solche. Abschn. III. handelt von der Benutzung der Gewässer. Abschn. IV. betrifft das Verfahren bei der Zwangsenteignung und die Ermittelung der dießfallsigen Entschädigung. Abschn. V. enthält Strafbestimmungen zum Schutze der fließenden Gewässer und ihrer Ufer.

b) Das Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden ist durch ein Dess. Gesetz v. 24. August 1853 in der Weise, wie es bis zum Jahre 1848 bestanden hat, wiederhergestellt, und der Ersatz des durch das Wild an Feldfrüchten auf fremden Grundstücken erweislich angerichteten Schadens auf Antrag des Beschädigten dem Inhaber der Jagd, d. i. entweder dem Jagdberechtigten, oder wenn er die Jagd verpachtet hat, dem Pachter zur Pflicht gemacht. Der Schaden wird in Ermangelung gütlichen Abkommens unter Zuziehung der Betheiligten durch ein für alle Mal zu vereidende Sachverständige abgeschätzt. Der Anspruch auf Ersatz des Wildschadens fällt weg, wenn der angeblich Beschädigte den behaupteten Schaden binnen 24 Stunden nach erlangter Kenntniß bei dem Gemeindevorstande nicht angezeigt hat, oder wenn die Feldfrüchte durch Verschulden des Beschädigten über die Zeit ihrer natürlichen Reife hinaus unabgeerntet stehen bleiben, oder geerntete Früchte ohne gehörigen Schutz gegen das Wild während des Winters auf dem Felde gelassen werden, oder wenn dem Beschädigten eine wissentlich falsche Angabe in Betreff des behaupteten Wildschadens zur Last fällt.

C) Recht der Forderungen.

1) Die Forderungen überhaupt betreffend.

a) In Betreff der Vorzugsrechte gewisser Forderungen ist auf das zu verweisen, was bei dem Pfandrecht aus dem Goth. Gesetz v. 22. April 1854 wegen des den Gläubigern, welche bisher gesetzliche Hypotheken hatten,

anstatt derselben eingeräumten persönlichen Vorzugsrecht bemerkt worden ist. Dasselbe Gesetz enthält auch noch folgende hierher gehörige Bestimmungen. Das absolute Vorzugsrecht, welches nach dem Zusatz V. no. 53. zu S. 206. der P.O. dem rückständigen Miethzins eingeräumt ist, wird auf den Rückstand eines Jahres beschränkt. Das absolute Vorzugsrecht, welches in der P.O. P. I. Cap. 37. Art. IV. §. 2. unter 7. lit. h. demjenigen, was die Obrigkeit zur Vollstreckung der Hülfe wider den Schuldner angewendet hat, eingeräumt wird, ist aufgehoben. Die in der P.O. P. I. Cap. 37. Art. IV. §. 2. unter 8. S. 208. aufgeführten obrigkeitlichen Gefälle (onera personalia), insoweit sie noch bestehen, und die im Zusatz V. no. 54. aufgeführten Forderungen haben nicht mehr ein absolutes Vorzugsrecht, sondern nur ein einfaches persönliches Vorzugsrecht. Über die Location der privilegirten chirographarischen Forderungen in der III. Classe ist folgendes bestimmt. Zuerst sind in der III. Classe zu lociren diejenigen Gläubiger, denen, wie vorher erwähnt wurde, statt der ihnen bisher zustehenden gesetzlichen Hypothek ein persönliches Vorzugsrecht eingeräumt worden ist; dann die unter Herzoglicher Verwaltung stehenden Cassen wegen ihrer sämmtlichen Forderungen, hinsichtlich welcher ihnen in den vorhergehenden Classen, bezüglich unter den in der III. Classe an der ersten Stelle zu locirenden Forderungen keine bessere Stelle angewiesen ist; endlich diejenigen, welche die in der P.O. a. a. O. S. 210. unter 8. und im Zusatz V. no. 54. aufgeführten, nicht in Cassen unter Herzoglicher Verwaltung fließenden Gefälle zu beziehen haben. Wegen des durch das Sondersh. Gesetz v. 5. April 1852. §. 14. außer den in der alten Kursächs. P.O. v. 1622. Tit. 49. aufgeführten persönlich privilegirten Forderungen gewissen Gläubigern anstatt des bisher zustehenden gesetzlichen Pfandrechts eingeräumten einfachen persönlichen Vorzugsrechts wird auf das anderwärts Bemerkte verwiesen [1]).

b) Die Verjährung gewisser Forderungen ist bedeutend abgekürzt durch das Mein. Ges. v. 15. April 1853. Sondersh. Ges. v. 27. April 1850. Rudolst. Ges. v. 3. März 1854. Diese Gesetze enthalten außer den Bestimmungen über die Abkürzung der Verjährungszeit bei gewissen Forderuugen, auch Vorschriften, welche sich auf die Verjährung der Forderungen überhaupt beziehen [2]).

2) Die einzelnen Forderungen betreffend.

Hinsichtlich der hierauf bezüglichen Bestimmungen begnügt sich der Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes, auf die Nachträge zu seinem Lehrbuche des particulären Privatrechts zu verweisen.

D) Erbrecht.

Die früheren das Erbrecht betreffenden Gesetze einzelner thüringischer

---

1) S. Heimbach particul. Privatrecht Bd. 2. S. 251 f.

2) Wegen des Inhaltes der beiden ersten Gesetze vergl. Heimbach a. a. O. S. 256—261., wegen des Inhaltes des letzten diese Zeitschrift Jahrg. 1854. S. 238 f.

Staaten (Weim. Eis. Ges. v. 6. April 1833. Altenb. Ges. v. 6. April 1841. Goth. Ges. v. 2. Januar 1844. Reuß. Greiz. Ges. v. 22. Januar 1841. Sondersh. Successionsordnung v. 8. December 1829) hat der Verfasser dieses Aufsatzes in seinem Lehrbuche des particulären Privatrechts der zu dem OAGericht zu Jena vereinten Staaten und in den Nachträgen zusammengestellt und verglichen. Diesen Gesetzen schließt sich das Reuß. j. L. Gesetz, die Intestaterbfolge betr. v. 10. December 1853 an. Dasselbe stimmt im Wesentlichen, selbst in der Wortfassung, mit dem Weim. Eis. Ges. v. 6. April 1833 überein. Ein gesetzliches Erbrecht unehelicher Kinder gegen den Vater erkennt das Reuß. Ges. §. 21. übrigens unter gleichen Voraussetzungen, wie das Weim. Ges. §. 20. auf ein Sechstheil des väterlichen Nachlasses an, hat jedoch noch die besondere im Altenb. Ges. §. 21. enthaltene Voraussetzung, daß die Vaterschaft schon bei Lebzeiten des Vaters durch dessen Anerkennung oder durch rechtskräftige Entscheidung feststeht, so wie die Bestimmung, daß dieses Erbrecht auch den ehelichen Abkömmlingen unehelicher Kinder nach der letzteren Tode zusteht. Hinsichtlich der Größe des Erbtheils des überlebenden Ehegatten hat das Reuß. Ges. §. 57. die Bestimmungen des Altenb. Ges. §. 62. angenommen; es erhält daher der überlebende Ehegatte neben Abkömmlingen des Erblassers, wenn drei oder weniger Erbstämme derselben vorhanden sind, Kindestheil, bei dem Dasein mehrerer Erbstämme ein Viertheil, neben Eltern die Hälfte, neben entfernteren Ascendenten, Geschwistern oder deren Abkömmlingen zwei Dritttheile, bei dem Dasein bloßer Seitenverwandten der aufsteigenden Linie das Ganze des Nachlasses. Auch in Ansehung des dem überlebenden Ehegatten im Falle der Concurrenz mit bloßen Adoptivkindern zustehenden Erbtheils stimmt das Reuß. Ges. §. 58. mit dem Altenb. Ges. §. 63. überein. In allen Fällen, wo der Vater, wenn er noch lebte, den gesetzlichen Nießbrauch am Vermögen der Kinder gehabt hätte, räumt das Reuß. Ges. §. 61. denselben nach dem Tode des Vaters der Mutter ein, weicht jedoch von dem Weim. Ges. §. 60. darin ab, daß es dem Vater gestattet, diesen Nießbrauch durch letztwillige Verordnung der Mutter für den Fall der Wiederverehelichung zu entziehen. Auch hinsichtlich der Bestimmungen über den Pflichttheil stimmt das Reuß. Ges. §. 73 f. mit dem Weim. Gesetz überein. Hinsichtlich der die Folgen der Enterbung aufhebenden Verzeihung enthält das Reuß. Ges. §. 95. nicht die Bestimmung des Weim. Ges. §. 97, daß eheliche Beiwohnung unter Ehegatten nicht für stillschweigende Verzeihung zu achten sei. Über die Collation bestimmt das Reuß. Ges. §. 104—119. folgendes. Das, was ein Miterbe von dem Erblasser bei Lebzeiten erhalten hat, wird ihm auf seinen Erbtheil nur in Folge ausdrücklicher Anordnung desselben, oder in Folge gesetzlicher Bestimmung angerechnet. Die ausdrückliche Anordnung der Collation kann vom Erblasser nur bei dem Geschäfte selbst, durch welches die Gabe gemacht wird, oder in einem letzten Willen geschehen. Dieß ist ohne

Zweifel auch bei ganz fremden Erben statthaft. Auf Grund des Gesetzes haben sich eheliche Descendenten des Erblassers, welche mit ihren Geschwistern oder deren Abkömmlingen erben, auf ihren Erbtheil berechnen zu lassen: 1) was sie vom Erblasser zur Errichtung eines besonderen Haushalts, zur Begründung oder Fortsetzung eines eigenen Gewerbes oder zur Übernahme eines Amts erhalten haben; 2) was eine Tochter als Heirathsgut vom Erblasser empfangen hat; 3) was der Erblasser zur Bezahlung der Schulden eines volljährigen Kindes oder Enkels verwendet hat. Die Kosten der zum Zwecke weiterer Ausbildung unternommenen Reisen, der Erlangung eines academischen Grades und der Befreiung vom Militärdienste sind der Collation nur dann unterworfen, wenn der Erblasser sie angeordnet hat. Dagegen unterliegen die Kosten der Erlernung eines Gewerbes, einer Kunst oder Wissenschaft der Anrechnung nicht; selbst eine ausdrückliche Anordnung der Anrechnung durch den Erblasser ist nur insoweit gültig, als der Pflichttheil dadurch nicht verletzt wird. Alles dieses gilt auch von den Wahlkindern und den außerehelichen Kindern, sofern ihnen ein gesetzliches Erbrecht zusteht, jedoch nur von den Gaben und Verwendungen, welche die Eltern seit der Zeit, wo ihr gesetzliches Erbrecht begründet wurde, für sie gemacht haben. Dem Erblasser steht frei, die Anrechnung der gesetzlich zu conferirenden Gaben und Verwendungen, so weit dadurch der Pflichttheil nicht verletzt wird, zu erlassen, entweder zu derselben Zeit, wo er die Gabe oder Verwendung macht, oder durch letzten Willen. Die gesetzliche Anrechnung findet Statt, der Erbe mag aus irgend einem Grunde zur Erbschaft berufen sein, auch dann, wenn er nur den Pflichttheil erhält. Es kann aber weder dem Erben, welcher der Erbschaft entsagt, die Herauszahlung dessen, was er hätte conferiren müssen, abverlangt, noch auch dem Erben, dessen Vorempfänge den Betrag seines Erbtheils übersteigen, die Herausgabe des übersteigenden Betrags angesonnen werden, selbst dann nicht, wenn er die Erbschaft angenommen hat; es gilt dieß jedoch unbeschadet der Rechte der Pflichttheilserben. Dasjenige, was ein Enkel des Erblassers von diesem erhalten hat, ist ihm nicht auf den Erbtheil seines Vaters oder seiner Mutter anzurechnen. Enkel des Erblassers, welche kraft des Repräsentationsrechts erben, müssen sich die Vorempfänge ihres vorverstorbenen Adscendenten anrechnen lassen, sie mögen dessen Erben geworden sein oder nicht. Zuwendungen des Erblassers an seinen Enkel vor dem Ableben des Vaters oder der Mutter desselben unterliegen der gesetzlichen Anrechnung nicht. Die Anrechnung kann nur der Miterbe als solcher von dem Miterben fordern; sie ist auch nur unter den Miterben, niemals zum Vortheil der Gläubiger des Erblassers von Wirkung. Die gesetzliche Collation findet nur unter Descendenten des Erblassers Statt. Miterben dieser Descendenten und Legatare können Anrechnung der Vorempfänge nur den Pflichttheilserben gegenüber verlangen, wenn diese wegen Verletzung des Pflichttheils auf Einziehung der letztwilligen Verfügung antragen. Die An-

rechnung geschieht dadurch, daß der Werth des Vorempfangenen zur Erbmasse derjenigen, unter welchen sie Statt findet, veranschlagt und sodann, nachdem deren Gesammtbetrag in die erforderlichen Erbtheile zerlegt ist, von dem Erbtheile des Empfängers abgezogen wird. Das Vorempfangene kommt, ohne Rücksicht darauf, ob es noch vorhanden ist oder nicht, nach dem Werthe zur Zeit der Zuwendung in Anschlag. Zinsen können erst vom Tage des Erbschaftsanfalls an gerechnet werden. Bestimmungen des Erblassers über den der Anrechnung zum Grunde zu legenden Werth der Vorempfänge sind nur insoweit wirksam, als sie die Rechte der Pflichttheilserben nicht verletzen. Hinsichtlich des gesetzlichen Erbrechts der Versorgungsanstalten enthält das Reuß. Ges. §. 120—123. gleiche Bestimmungen mit dem Weim. Gesetz. Dasselbe ist der Fall hinsichtlich der Vorschriften über Erwerb und Verlust einer angefallenen Erbschaft in den §§. 124—152. Doch enthält das Reuß. Ges. §. 125. eine nähere im Weim. Ges. §. 115. fehlende Bestimmung über die Fälle, in welchen eine pro herede gestio anzunehmen sein soll oder nicht. Als Handlungen, welche einen sicheren Schluß auf die Absicht des Berufenen, Erbe sein zu wollen, zulassen, werden angeführt, wenn der Erbe vor Gericht als Erbe auftritt, oder wenn er die Erbschaft auch nur theilweise, ingleichen, wenn er außer dem Falle, wo wegen zu befürchtenden Verderbens der Sachen sofortige Veräußerung nöthig wird, ohne Ermächtigung des Erbschaftsgerichts einzelne Sachen veräußert, oder wenn er zum Vortheile nur einzelner Miterben gegen Entgelt oder unentgeltlich oder zum Vortheile aller Miterben gegen Entgelt der Erbschaft entsagt. Dagegen soll aus Handlungen, welche auf das Begräbniß des Erblassers sich beziehen, oder nur die Erhaltung, Ausmittelung, einstweilige Aufbewahrung oder einstweilige Verwaltung des Nachlasses bezwecken, die stillschweigende Annahme des Nachlasses nicht abgeleitet werden können. Die Verlängerung der vom Erbschaftsgericht dem Berufenen zur Erklärung über den Antritt zu setzenden sechsmonatlichen Frist läßt das Reuß. Ges. §. 127. auf Ansuchen des Betheiligten auf weitere 2 oder 3 Monate, jedoch nur einmal zu, so wie es andererseits bei klar vorliegender Überschuldung des Nachlasses eine Beschränkung der Bedenkfrist auf 3 Monate gestattet. Bei der Todeserklärung Abwesender will das Reuß. Ges. §. 131. die Nähe der auf die Erbschaft Anspruch machenden Verwandten nach dem Zeitpuncte der Rechtskraft des die Todeserklärung aussprechenden Erkenntnisses beurtheilt wissen, während nach dem Weimar. Ges. §. 121. auf den Zeitpunct der Eröffnung dieses Erkenntnisses gesehen werden soll. Wir halten beides nicht für richtig, glauben vielmehr, daß die Bestimmung anderer Gesetze, nach welcher auf den Zeitpunct des erfüllten 70. Lebensjahres oder auf den letzten Tag des gesetzlichen Zeitraums seit der zuletzt eingegangenen Nachricht gesehen werden soll, allein richtig ist, weil da die Vermuthung des Todes begründet ist, welche das die Todeserklärung aussprechende Erkenntniß nur ausspricht, nicht erst begründet. Soll

aber einmal der Zeitpunct der Todeserklärung maßgebend sein, so halten wir die Bestimmung des Weim. Gesetzes für richtiger, weil die Verzögerung durch Einwendung von Rechtsmitteln sonst einen Einfluß haben würde, der ihr um so weniger zu verstatten ist, als es dann lediglich von Zufälligkeiten, namentlich von der Beschleunigung oder Verzögerung der Entscheidung in den weiteren Instanzen abhängen würde, welcher Zeitpunct für die Beurtheilung der Nähe der Verwandtschaft Maß gebe. Hinsichtlich der mit der hereditatis petitio einzuklagenden Nebenforderungen bestimmt das Reuß. Ges. §. 113., daß Zinsen oder sonstiger Abwurf des Nachlasses in der Regel nur von Zeit der Klagerhebung an gefordert werden können; der Anspruch auf weitere Nutzungen des Nachlasses ist davon abhängig, daß Kläger den bösen Glauben des Erbschaftsinhabers nachweist. Im §. 163. hebt das Reuß. Gesetz, gleich den übrigen Erbfolgegesetzen der thüringischen Staaten, alle in Ortsstatuten und Gewohnheiten enthaltenen Bestimmungen über gesetzliche Erbfolge in frei vererbliches Vermögen in allen durch das Gesetz bestimmten Puncten auf.

E) Rechte der einzelnen Stände.

1) Auf das Handelsrecht beziehen sich die Bestimmungen der Reuß. Greiz. Firmen- und Procuraordnung v. 25. Januar 1854, welche im Wesentlichen mit denen der Reuß. j. L. Firmen- und Procuraordnung v. 2. August 1852 übereinstimmen [1]).

2) In Bezug auf das Wechselrecht bestimmt ein Sondersh. Ges. v. 21. März 1854. §. 1., daß die von der provisorischen Centralgewalt am 26. November 1848 erlassene und in die Sondershäusische Gesetzsammlung von 1849 aufgenommene allgemeine deutsche Wechselordnung vom 1. Mai 1849 an landesgesetzliche Gültigkeit haben soll.

3) Die Verfassung und Verwaltung der Landgemeinden ist durch die Reuß. Greiz. Verordnung v. 29. Mai 1854 geordnet. In Verbindung damit steht die Verordnung über Gemeindeeigenthum und Gemeindelasten auf dem platten Lande vom 5. Januar 1854. Wir versuchen in Nachstehendem eine kurze Darstellung des Inhaltes dieser wichtigen Gesetze. Das Stimmrecht in Gemeindeangelegenheiten haben alle Hausbesitzer des Orts, außer an solchen Orten, in welchen die s. g. Altgemeinde sich im ausschließlichen Besitz und Genuß des Gemeindeguts befindet und alle Gemeindelasten allein trägt, wo dann nur deren Mitglieder stimmberechtigt sind; trägt die Altgemeinde, obgleich sie das Gemeindegut ausschließlich benutzt, nicht alle Gemeindelasten allein, so beschränkt sich das Stimmrecht ihrer Mitglieder auf die Verwaltung des Gemeindeguts und die Gemeindesachen, deren Kosten die Altgemeinde allein trägt; wo zu Gemeindelasten auch die übrigen Hausbesitzer herangezogen werden, haben sie in Gemeindeangelegenheiten, bei denen sie wegen des erforderlichen Aufwandes contribuiren sollen, ebenfalls ein Stimmrecht. Über

1) Vergl. Heimbach a. a. O. S. 345 f.

das Stimmrecht der Rittergüter in Gemeindesachen soll die Landesregierung sofort bei der ihr aufgetragenen Regulirung der Beiträge der ersteren zu den Gemeindelasten das Nöthige festsetzen. Hinsichtlich der Verwaltung der Angelegenheiten der Landgemeinden bewendet es im Allgemeinen bei der Regierungsverordnung v. 10. Februar 1829. Jährlich ist eine Hauptversammlung der Gemeinde, namentlich zur Abnahme der Gemeinderechnung zu halten; besondere Versammlungen kann, so oft es nöthig ist, der Ortsrichter oder Schulze, oder im Falle seiner Abwesenheit oder Krankheit der von ihm dazu zu beauftragende älteste Schöppe, Geschworner oder Viermann berufen. Jedes Gemeindeglied muß in der Versammlung persönlich erscheinen; durch Bevollmächtigte dürfen nur die stimmberechtigten Rittergüter sich vertreten lassen. Gemeindebeschlüsse können, wenn der Beginn der Versammlung durch ein gewisses mit Genehmigung der Behörde festzusetzendes Zeichen gegeben und eine Viertelstunde verflossen ist, auch durch die anwesende Minderzahl der Gemeindeglieder gültig gefaßt werden. Zur Fassung von Beschlüssen über Darlehnsaufnahme oder über Veräußerung eines Gemeindegrundstücks gehört die Anwesenheit von wenigstens zwei Dritttheilen der stimmberechtigten Gemeindeglieder; fehlt es daran, so ist eine andere Versammlung anzusetzen, in welcher dann auch die erschienene Minderzahl durch Stimmenmehrheit für die Gemeinde verbindliche Beschlüsse fassen kann. Jeder Bauergutsbesitzer hat 3 Stimmen, jeder Feldhäusler 2 Stimmen, jeder Kleinhäusler 1 Stimme. Mehrfacher Guts- oder Hausbesitz berechtigt nicht zu mehrfacher Stimmführung, auch nicht, wenn einer Grundstücke verschiedener Classen besitzt, zur Stimmführung in mehreren Classen. Ein Gemeindebeschluß über Darlehnsaufnahme bedarf auch der Bestätigung der Gemeindebehörde. Die über ein solches Darlehn auszustellende Schuldverschreibung, welche außer den Darlehnsbedingungen auch den Zweck der Darlehnsaufnahme enthalten muß, ist von dem Ortsrichter und je zwei Gemeindegliedern aus jeder Classe der Ortseinwohner zu vollziehen und der Gemeindebehörde zur Genehmigung und Bestätigung vorzulegen, welche dieselbe, wenn ihr kein Bedenken dagegen beigeht, unter dem Original, von welchem beglaubte Abschrift zu den Acten zu nehmen ist, zu bemerken, und am Schlusse des Jahres sich durch die ihr vorzulegende Gemeinderechnung von der Vereinnahmung des Darlehns zu überzeugen, darüber Nachricht zu den Acten zu bringen, auch dieß auf Verlangen des Gläubigers auf dem Schuldscheine zu bemerken hat. Auf Grund einer solchen Schuldverschreibung kann der Gläubiger das Darlehn im Executivprocesse zurückfordern und es können nur die in dieser Proceßart zulässigen Einreden entgegengesetzt werden. Aus einem ohne Beobachtung dieser Vorschriften aufgenommenen Darlehn hat der Gläubiger nur dann einen Anspruch an die Gemeinde, wenn er Verwendung des Darlehns zu ihrem Nutzen erweisen kann; außerdem hat er sich bloß an die Personen zu halten, mit welchen er contrahirt hat. Auch Gemeindebeschlüsse über Veräußerung von

Gemeindegrundstücken bedürfen der Genehmigung und Bestätigung der Gemeindebehörde. In Orten, wo sich das Bedürfniß dazu herausstellt, kann mit Genehmigung der Landesregierung die in der Regierungsverordnung v. 10. Februar 1829. §. 7. geordnete Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten abgeändert, namentlich diese Verwaltung von den übrigen Functionen des Ortsrichters getrennt und einem besonderen Gemeindevorsteher übertragen werden. Findet eine solche Trennung Statt, so ist näher bestimmt, welche Obliegenheiten der Ortsrichter, welche der Gemeindevorsteher auf sich haben soll. In größeren und volkreicheren Ortschaften, in welchen die Versammlung der ganzen Gemeinde stets mit Schwierigkeiten verbunden ist, kann die Befugniß zur Schlußfassung in Gemeindeangelegenheiten auf Antrag der Gemeinde mit Genehmigung der Landesregierung einem Ausschusse übertragen werden. Wird eine solche Einrichtung, deren Modalität näher bestimmt ist, getroffen, so ist der Ortsrichter kraft seines Amtes bleibendes Mitglied des Gemeindeausschusses. Beschlußfassung über Darlehnsaufnahme und Grundstücksveräußerungen ist auch, wenn ein Gemeindeausschuß bestellt worden ist, in der Regel der ganzen Gemeinde vorbehalten, wenn nicht mit Genehmigung der Landesregierung eine abweichende Bestimmung getroffen wird. Wo ein Gemeindeausschuß besteht, ist aber doch jährlich an einem bestimmten Tage eine Versammlung der ganzen Gemeinde abzuhalten, in welcher die Gemeinderechnung des letzten Jahres vorzulegen und Auskunft über die Gemeindeverwaltung zu ertheilen ist. — Über Gemeindeeigenthum und Gemeindelasten in den Landgemeinden enthält das oben gedachte Gesetz v. 5. Januar 1854 folgende Bestimmungen. Jede Gemeinde darf die den Gegenstand dieses Gesetzes bildenden Verhältnisse selbst durch Statut reguliren; zur Verbindlichkeit eines solchen für alle Gemeindeglieder wird eine Stimmenmehrheit von wenigstens zwei Drittheilen in jeder Classe der Ortseinwohner nach der bisherigen Einrichtung (Bauer, Feldhäusler, Kleinhäusler) erfordert. Jedes solche Statut ist der Gerichtsbehörde des Orts, und wenn im Orte verschiedene Gerichtsbehörden sind, derjenigen, welcher die Jurisdiction in Gemeindesachen zusteht (der Gemeindeobrigkeit) zur Prüfung und Bestätigung vorzulegen. Das Gesetz kommt nur auf Antrag der betheiligten Gemeinde zur Anwendung; zur Stellung eines solchen Antrags ist die Stimmenmehrheit von wenigstens Einer Classe der Ortseinwohner nach der bisher üblichen Einrichtung erforderlich. In den Orten, wo die Besitzer der Güter, welche ursprünglich die Gemeinde ausgemacht haben (die Altgemeinde) sich bisher in dem ausschließlichen Besitz und Genuß des Gemeindeeigenthums befunden, die Besitzer der später angebauten Häuser aber keinen Theil daran gehabt haben, soll es bei dieser Einrichtung auch ferner bewenden, die Altgemeinde aber auch alle Gemeindelasten allein zu tragen verbunden sein, zu welchen nicht die übrigen Ortsbewohner erweislich bisher haben mit beitragen müssen. Die Altgemeinde kann durch Überweisung des Besitzes und Genusses des Gemeindevermögens an die

gesammte Ortsgemeinde sich von der Verbindlichkeit zur alleinigen Tragung der Gemeindelasten befreien; die Gemeindelasten sind alsdann, soweit sie nicht aus den Einkünften des Gemeindevermögens bestritten werden können, durch Anlagen der gesammten Ortsgemeinde mit Einschluß der Altgemeinde aufzubringen. Ist die Altgemeinde zwar im alleinigen Besitz und Genuß des Gemeindevermögens, es herrschen aber Zweifel über den Umfang ihrer Verpflichtung zur Tragung der Gemeindelasten, so hat sie die Wahl, entweder die Hälfte des Reinertrags, außer von den aus den Mitteln der Altgemeinde neu erworbenen Grundstücken, der allgemeinen Ortskasse zuzuweisen, oder den dritten Theil der allgemeinen Ortslasten zur alleinigen Tragung im Voraus zu übernehmen; in beiden Fällen sind dann die Gemeindebedürfnisse, so weit sie durch diese Leistungen nicht gedeckt werden, von der ganzen Ortsgemeinde aufzubringen. Gemeindeschulden haften in der Regel auf dem Gemeindevermögen; wird dasselbe von der Altgemeinde allein besessen und benutzt, so hat diese auch die Gemeindeschulden allein zu vertreten, außer wenn die Schuld im Interesse und mit Zustimmung der ganzen Ortsgemeinde aufgenommen ist. Die bisher nicht zur Mitleidenheit bei den Gemeindelasten Verpflichteten haften auch nicht mit für die jetzt vorhandenen Gemeindeschulden. Von der Regel, daß die Altgemeinde, wo sie das Gemeindevermögen ausschließlich benutzt, die Gemeindelasten allein zu tragen habe, machen die im Interesse der ganzen Ortsgemeinde zu leistenden persönlichen Dienste, namentlich Wach- und Feuerpolizeidienste, eine Ausnahme, indem hinsichtlich dieser die ganze Ortsgemeinde als pflichtig angesehen wird, wenn nicht erweislich ist, daß sie bisher allein von der Altgemeinde geleistet worden sind. Bloße Hausgenossen tragen zu den Gemeindelasten nur insoweit bei, als sie bisher nach dem Herkommen jedes einzelnen Orts dazu contribuirt haben. Rücksichtlich der Betheiligung der Rittergüter bei gewissen Gemeindelasten bewendet es bei den zwischen den Rittergutsbesitzern und den Gemeinden darüber geschlossenen Verträgen oder dem darüber bestehenden Herkommen. In dessen Ermangelung haben die Rittergüter zu den ausschließlich im Interesse der Ortsgemeinde aufzubringenden Gemeindelasten nicht beizutragen; ihre Beitragspflicht beschränkt sich auf Gemeindelasten für solche Zwecke, welche auch zugleich im Interesse des Ritterguts liegen. Das Maß des Beitrags wird, wenn sich die Rittergutsherrschaft und die Gemeinde darüber nicht vereinigen können, und auch eine Vermittelung der Landesregierung nicht zum Ziele führt, von dieser Behörde nach ihrem Ermessen bestimmt. Weiter sind die Grundsätze bestimmt, welche bei einer auf Antrag einer Gemeinde vorzunehmenden Regulirung der Gemeindelasten angewendet werden sollen; auch ist das bei einer solchen Regulirung zu beobachtende Verfahren vorgeschrieben, weßhalb auf das Gesetz §. 16—18. zu verweisen ist.

Druck und Verlag von Fr. Frommann in Jena.

Blätter für Rechtspflege
in Thüringen und Anhalt

unter Mitwirkung der Herren

Dr. G. Emminghaus, Dr. Heerwart, Dr. Heimbach,
Geh. Reg.-Rath in Weimar. Geh. Justizrath in Eisenach OAGRath in Jena.

herausgegeben von

Reinhold Schmid,
Kreisgerichts-Assessor in Weimar.

Zweiter Band.

1855. Preis des Jahrgangs 2 Thlr. 20 sgr. Nro. 6.

Anzeige der Redaction.

Den Blättern für Rechtspflege ꝛc. steht eine Veränderung in der Weise bevor, daß vom 1. Juli d. J. ab der Hr. Ober-Appell.-Gerichts-Rath Dr. Hotzel zu Jena die Redaction übernehmen, der Unterzeichnete hingegen nur als Mitarbeiter thätig sein wird. Der Unterzeichnete glaubt eine besondere Motivirung dieses Redactionswechsels unterlassen und sich auf die einfache Anzeige beschränken zu dürfen, kann aber versichern, daß die Gründe, welche ihn bestimmt haben, die Leitung der von ihm begründeten und darum ihm besonders werth gewordenen Zeitschrift in die Hände eines bewährten Mitarbeiters zu legen, durchaus sachlicher Natur sind und daß unter den zunächst Betheiligten vollkommenes Einverständniß in Beziehung auf eben diese Veränderung obwaltet.

Schließlich erlaubt sich der Unterzeichnete auf diesem Wege anstatt besonderer brieflicher Communication die betreffenden Hrn. Mitarbeiter zu benachrichtigen, daß die in den Händen des Unterzeichneten befindlichen Manuscripte, welche noch nicht zum Druck haben befördert werden können, an den neuen Hrn. Redacteur abgegeben worden sind und daß derselbe entweder den Abdruck oder die Rücksendung veranlassen wird.

Weimar, Juni 1855. R. Schmid.

Actenmäßige Darstellung civil- und criminalrechtlicher Entscheidungen.

Über die Zuständigkeit der Einzelgerichte zu Bestätigung von Adoptionen im Großherzogthum Weimar.

Vom Herrn Kreisgerichts-Director Dr. Burckhard zu Eisenach.

Nach der neueren Gesetzgebung des Großherzogthums gehört die Bestätigung der Adoptionen zur Zuständigkeit der Einzelgerichte. Der §. 7. des Gesetzes über die Zuständigkeit der Gerichte und über den Instanzenzug in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 15. März 1850 sagt hierüber: „Die Bestätigung der Annahme an Kindesstatt, gleichviel, ob die an Kindesstatt angenommenen Kinder bisher unter väterlicher Gewalt standen, oder nicht (Adoption und Arrogation), und die deßhalb zuvor erforderliche Sacherörterung gehört zur Competenz der Justizämter." Die Frage aber, nach welchen Regeln sich die Zuständigkeit der Justizämter unter einander bestimme, ist dabei ausdrücklich nicht entschieden.

Bei einem Ankindschaftsvertrage, durch welchen ein außereheliches Kind, dessen Mutter im Bereiche des Justizamtes zu A., dessen erklärter natürlicher Vater aber unter der Gerichtsbarkeit des Justizamtes zu B. domiciliirt war, von dritten Personen, welche im Sprengel des letztern Justizamtes wohnten, an Kindesstatt angenommen werden sollte, wendeten sich die Betheiligten an das Justizamt zu B., brachten von der Obervormundschaftsbehörde jenes noch minderjährigen außerehelichen Kindes, dem Justizamte zu A., das obervormundschaftliche Genehmigungsdecret bei, und baten um die gerichtliche Bestätigung der Ankindschaft. Das Justizamt zu B. gab indeß die Anträge an jenes zu A. als zuständige Behörde ab, „weil nach c. 11. C. 8. 48. de adopt. [1]) auf den competenten Richter dessen, welcher in Adoption giebt, verwiesen sei."

1) Veteres circuitus in adoptionibus, quae per tres emancipationes et duas manumissiones in filiis, aut per unam emancipationem in ceteris liberis fieri solebant, corrigentes sive tollentes censemus, licere parenti, qui liberos in potestate sua constitutos in adoptionem dare desiderat, sine vetere observatione

Das Justizamt zu A. sendete aber die Acten zurück an das Justizamt zu B., „als an die in dieser Sache zuständige Behörde, da aus demselben Grunde, mit welchem aus c. 11. C. 8. 48. die Competenz des Richters dessen, welcher in Adoption giebt, gefolgert werde, aus dem §. 7. des Competenzgesetzes vom 15. März 1850 gefolgert werden müsse, daß der Richter in der Sache competent sei, unter dessen Jurisdiction der an Kindesstatt Annehmende stehe, da in jener gesetzlichen Bestimmung nicht der Ausdruck Hingabe, sondern Annahme an Kindesstatt gebraucht sei."

Nun endlich kam die Sache in den ordnungsmäßigen Gang, indem das Justizamt zu B. die Antragsteller selbst abweisend beschied, und diese deßhalb Berufung an das Großh. Kreisgericht zu Eisenach einwendeten, eventuell baten, das zuständige Justizamt zur Bestätigung anzuweisen. Das letztere konnte nicht geschehen, da man die Frage über die Zuständigkeit der Gerichte nicht durch Machtsprüche entscheidet, sondern durch Erkenntnisse im Ordnungswege. Die Berufung selbst aber wurde verworfen und zwar aus folgenden Gründen:

„Die neuere Gesetzgebung des Großherzogthums berührt die Frage nicht, da §. 7. des Gesetzes vom 15. März 1850 nur die Bestimmung trifft, vor welche Behörden im Allgemeinen die Bestätigung der Adoptionen gehöre, nicht aber, wie sich die Zuständigkeit dieser Behörden, der Justizämter, unter sich im einzelnen Falle regele. Das römische Recht enthält auch keine Stelle, in welcher die obige Frage principiell entschieden würde; dasselbe sagt nur: apud competentem judicem. Es kann aber nicht zweifelhaft sein, daß nach demselben als zuständiger Richter die Obrigkeit des Domicils des leiblichen Vaters des zu Adoptirenden anzusehen ist. Schon die Natur der Sache weist hierauf hin, weil die staatsrechtlichen Interessen augenscheinlich auf der Seite des zu Adoptirenden die gewichtigeren sind, die erforderliche causae cognitio also hiernach der Obrigkeit des leiblichen Vaters desselben gebührte."

„Einzelne Stellen des römischen Rechtes sprechen es auch mit Bestimmtheit aus, daß die Adoption vor dem Magistrate des Sohnes zulässig sei:

---

emancipationum et manumissionum hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem judicem manifestare, praesente eo, qui adoptatur, et non contradicente, nec non eo, qui eum adoptat.

Fr. 3. 4. D. de adopt. (1. 7.)

Fr. 1. D. de off. pract. (1. 14.)

„Freilich läßt es sich gegenüber nicht in Abrede stellen, daß einzelne Stellen auch der Zulässigkeit der Adoption vor dem Magistratus des Adoptirenden erwähnen:

Fr. 2. D. de off. praes. (1. 18.)

„Auf der einen Seite aber lassen diese Stellen, die überhaupt nur die allgemeine Befugniß im Auge haben, die Annahme zu, daß der zu Adoptirende wirklich auch unter der Jurisdiction dieses Magistrates stehe; andererseits ist wohl zu erwägen, daß die Grenzen des imperii der römischen Magistrate andere waren, als die unserer Richter.

Fr. 2. pr. D. de off. proc. (1. 16.)

„Nun entscheidet sich zwar hiermit die oben berührte Zuständigkeitsfrage an sich nicht, wohl aber dadurch, daß unter der zuständigen Obrigkeit hinsichtlich der Adoptionen nach allgemeinen Principien nur diejenige Obrigkeit verstanden werden kann, welcher der zu Adoptirende persönlich unterworfen ist, also die Obrigkeit des Domicils desselben: bei ehelichen Kindern des Vaters, bei außerehelichen der Mutter,

Fr. 19. 24. D. de statu hom. (1. 5.)

sofern derselbe nicht bereits ein eigenes Domicil begründet hat."

Übrigens findet sich merkwürdiger Weise die bezeichnete Frage meines Wissens nur von Sintenis

Prakt. gem. Civilrecht III. §. 139. Not. 21.

ausdrücklich beantwortet. „Als competente Obrigkeit ist hier die des Domicils des leiblichen Vaters zu betrachten; es ist kein Grund vorhanden, von dieser bestimmten Vorschrift abzugehen, und es für gleichgültig zu halten, von welchem Gericht die Handlung vorgenommen werde." Wenn derselbe aber von einer bestimmten Vorschrift spricht, so besteht dieselbe ausdrücklich, wie erwähnt, nur dahin, daß die adoptio vor den judex competens gehöre; daß dieser judex der des Domicils des leiblichen Vaters sei, ist ausdrücklich nirgends ausgesprochen; es folgt nur aus den sonst bestehenden allgemeinen Rechtssätzen.

Erörterungen und Aufsätze über practische Rechtsmaterien.

Über kaufmännische Anweisungen.

Vom Herrn OAGRath Dr. Hotzel zu Jena.

Ein mit dem Wechselrecht in naher Berührung stehendes, von demselben aber doch immer noch in mehrfachem Betracht verschiedenes Rechtsinstitut ist das der sog. kaufmännischen Anweisungen im Gegensatz gewöhnlicher Assignationen. Es ist hervorgegangen ans der allmählichen Anwendung der Grundsätze vom Wechsel auf die Anweisungen. Man versteht gemeinrechtlich im Allgemeinen unter kaufmännischen Anweisungen solche, bei welchen die eine oder andere der dazu nöthigen Personen (Assignant, Assignat und Assignatar) oder auch alle diese Personen Kaufleute sind.

Thöl, Handelsrecht, 2. Aufl. 1. Bd. S. 401.

Der Hauptunterschied zwischen der gemeinrechtlichen Anweisung und der kaufmännischen soll, wie

Günther, in Weiske's Rechtslexikon 1. Bd. S. 333 ff.

lehrt, in Bezug auf das Recht darin bestehen, daß nach einer allgemeinen durch ganz Deutschland angenommenen Praxis der Tod des Assignanten das dem Assignaten durch die Anweisung gegebene Mandat zu zahlen nicht aufhebe. Eine andere Eigenthümlichkeit der kaufmännischen Anweisungen wird darin gefunden, daß der Assignat, wenn er Schuldner des Assignanten und die Forderung selbst liquid und gefällig ist, eine Verpflichtung gegen den Assignanten (aber nicht gegen den Assignatar) habe, die Assignation zu honoriren, und daß er, wenn er dieß unterläßt, für verpflichtet erachtet werde, den hieraus für den Assignanten entstehenden Schaden zu vergüten. Thöl bestreitet l. c. die für die vorbemerkten zwei Rechtssätze, welche der kaufmännischen Anweisung eigenthümlich sein sollen, behauptete allgemeine deutsche Praxis und will auch die von

Bender, Wechselrecht Bd 2. §. 388. No. 14. a. S. 33. 34.

aufgeführten weiteren Unterschiede als richtig nicht gelten lassen. Historisch betrachtet soll — wie Günther l. c. weiter bemerkt — die kauf-

männische Anweisung älter sein, als der Wechsel; rücksichtlich des Gebrauchs, der von ihr bei Betreibung der Geschäfte gemacht werde, sei sie dennoch jetzt in der Hauptsache nur als eine neben dem eigentlichen Wechsel bestehende zur Milderung der Strenge jenes Instituts bestimmte Form anzusehen, welche den Zweck habe, Stellvertreterin des Wechsels und also mittelbar des baaren Geldes zu sein. Daraus folge nun schon mit Nothwendigkeit, daß sie nicht anders als in Schriften ertheilt werden könne, während die gewöhnliche Anweisung eben so gut mündlich als schriftlich bewirkt werde. Aber nicht jede Schrift, welche den das Wesen der Assignation ausmachenden doppelten Auftrag enthalte, werde als eine kaufmännische Anweisung, mithin als ein solches Papier anzusehen sein, welches die Stelle des baaren Geldes zu vertreten bestimmt sei, sondern es müsse sich, wenn sie diese Geltung haben solle, jene Absicht schon durch die äußere Form der Schrift ankündigen, welche gewöhnlich der Form des Wechsels ähnlich sei. — Schon frühzeitig hat die Landesgesetzgebung in denjenigen Ländern, wo ein reger Handelsverkehr dieses Institut hervorgerufen und das Bedürfniß nach festen gesetzlichen Bestimmungen hierüber bei einzelnen Streitfragen besonders fühlbar gemacht hatte, diesem Bedürfniß abzuhelfen gesucht. Denn es enthält schon ein Kursächs. Mandat vom $\frac{23.\ \text{Dec. } 1699}{2.\ \text{Jan. } 1700}$ (Cod. August. II. S. 2069.) wegen der unter Handelsleuten beschehenen Anweisungen über die Frage: „wie sich derjenige, dem dergleichen Assignationen und Anweisungen geschehen, mit Einmahnung der assignirten Post zu verhalten habe, damit ihm nicht, wenn der assignirte Schuldner böse wird, die Schuld beigemessen oder auch er ad interesse belangt werden könne?" die Entscheidung: „daß, wenn die assignirte Post auf einem Wechsel-Brief beruhe, derjenige, welcher die Assignation erhalten, zum längsten bei der Verfallzeit solchen Briefs bei dem assignirten Debitor innerhalb 8 Tagen sich melden und die Zahlung fordern, oder, wenn er solche nicht erlange, die assignirte Post dem Assignaten sofort wieder zurückgeben solle" ꝛc.

Das Allgem. Preuß. Landrecht erklärt für kaufmännische Anweisungen (Th. II. Tit. VIII. §. 1259 ff.) alle Assignationen, welche ein Kaufmann in Handelsgeschäften ausgestellt hat, und verordnet, daß in Bezug auf Verfallzeit und Münzsorten bei ihnen alles das Anwendung finde, was bei Wechseln verordnet sei.

Bei der zur Berathung einer allgemeinen deutschen Wechselord-

nung im Jahr 1847 zu Leipzig abgehaltenen Conferenz kam das Institut der kaufmännischen Anweisungen mit zur Sprache und rief eine ausführliche Erörterung über die Beibehaltung oder Aufhebung desselben hervor, an deren Schluß man sich nur dahin vereinigen konnte, daß die Bestimmungen über die Zulässigkeit und Bedeutung der Anweisungen der besonderen Gesetzgebung jedes Landes überlassen bleiben sollten. (§. 242. der deßf. gedruckten Protokolle.)

Der der ganzen Berathung zu Grund gelegte Entwurf einer Wechsel-Ordnung für die Preuß. Staaten wollte die sog. kaufmännischen Anweisungen als ein Mittelding zwischen einfachen Anweisungen und Tratten ganz beseitigen und beantragte in der Schlußbestimmung die Aufhebung aller deßfallsigen früheren Vorschriften der Wechselordnung, des Allg. Landrechts und des Rheinischen Handelsgesetzbuchs. Die Abgeordneten von Hamburg und Frankfurt befürworteten aber die Beibehaltung dieser Art von Papieren und Erstere bemerkten zu dem Ende, daß in Hamburg jedes auf Ordre lautende, die Eigenschaft einer Zahlungsanweisung an sich tragende gezogene Papier im kaufmännischen Verkehr als Wechsel behandelt werde. Derartige Papiere, welchen man diese Eigenschaft versagen wollte, und die, wenn die Acceptations-Pflicht auf die als Wechsel bezeichneten beschränkt würde, wahrscheinlich in größerer Menge als seither in Umlauf gebracht werden dürften, würden aufhören, discontabel zu sein, hierdurch würde der Verkehr an Sicherheit verlieren und durch die Entziehung eines Zahlungsmittels in einer Art beeinträchtigt werden, die nicht nur für Hamburg sehr nachtheilig, sondern auch weiter fühlbar werden dürfte. Außerdem komme in Betracht, daß nach der Gesetzgebung der meisten Länder, mit denen Deutschland in Handelsverkehr stehe, die Benennung als Wechsel nicht als Haupterforderniß vorgeschrieben sei und es wohl als wünschenswerth erachtet werden möchte, hierin wo möglich Übereinstimmung mit dem zu erzielen, was in anderen Ländern gesetzlich festgestellt sei.

Von den Sächsischen Abgeordneten wurde ebenfalls die Wichtigkeit der Beibehaltung eines lediglich auf dem Credit des Ausstellers und der Indossanten beruhenden, nicht acceptabeln, übrigens aber den förmlichen Wechseln gleich stehenden Papiers zunächst für die Sächsischen Verhältnisse hervorgehoben und zu dem Ende bemerkt, daß die Nothwendigkeit eines solchen Papiers besonders seit Einführung des prompten Accepts in Sachsen hervorgetreten sei, daß dasselbe als Zahlungsmittel des kleineren und mittleren Gewerbestandes diene, daß darauf

die Selbständigkeit des letzteren gegenüber den großen und reichen Fabriketablissements beruhe und daß die Unterdrückung dieses Bedürfnisses mit wichtigen und nachtheiligen Folgen für die commerciellen, industriellen und selbst socialen Zustände des Landes verknüpft sein werde. Aber nicht allein in Sachsen zeige sich ein solches Bedürfniß, es trete überall in Deutschland hervor, wo ähnliche Verhältnisse beständen, so namentlich in den Österreichischen Staaten, in Schlesien rc. und werde auch in dem südlichen Deutschland mehr noch als jetzt empfunden werden, wenn der prompte Accept in Augsburg eingeführt werden sollte. Das Bedürfniß habe sich nur unter verschiedenen Formen Bahn gebrochen, so in Österreich im domiciliirten Wechsel, in Sachsen und Schlesien in der Anweisung, im westlichen Deutschland noch unter anderer Gestalt. — Der Abgeordnete der Thüringischen Staaten fügte hinzu, daß man auch in den Thüringischen Fabrikgegenden sich der Anweisungen in großer Menge bediene und daß dieß geschehe, obgleich es in den meisten Thüringschen Staaten an gesetzlichen Bestimmungen über solche Papiere gänzlich mangle.

Jenem Beschluß der Conferenz in Leipzig hat die Königlich Sächsische Staatsregierung durch das Gesetz vom 7. Juni 1849 Folge gegeben, von den Thüringschen Staaten aber bis jetzt erst die Weimarsche und Fürstlich Reußische (Jüngerer Linie) Staatsregierung durch das Gesetz vom 13. Juli 1849 und resp. vom 30. Juli 1852, ferner auch die Fürstlich Reußische Staatsregierung älterer Linie durch das Gesetz vom 5. August 1854. Beide Gesetze weichen aber in mehreren Bestimmungen von dem Königlich Sächsischen Gesetz ab, von welchen namentlich ein Zusatz zu §. 4. des Weimarschen Gesetzes erhebliche Bedenken zu erregen geeignet ist, während das Fürstlich Reußische Gesetz mit den §§. 1. 3—7. des Königlich Sächsischen Gesetzes wörtlich übereinstimmt und das letztere in den §§. 2. u. 8. nur solche Bestimmungen enthält, welche Leipziger Meßverhältnisse und die Aufhebung der bis dahin in Sachsen über kaufmännische Anweisungen bestandenen Gesetze betreffen. Die Worte des erwähnten Weimarschen Gesetzes sind an sich so klar, daß man über den Sinn des §. 4. desselben nicht zweifelhaft sein kann, und deßhalb billig nach den Gründen fragt, aus welchen die Bedenken erregende Abänderung erfolgt ist. Die Landtagsverhandlungen geben Aufschluß hierüber und zwar dahin, daß nicht die Staatsregierung, sondern der damalige auf breitester demokratischer Grundlage gewählte Landtag diesen für Jeden, der mit dem kaufmän-

nischen Verkehr auch nur einige Bekanntschaft hat, sofort einleuchtenden Fehler des Gesetzes verschuldet hat.

Die Bedenken erregende Disposition des fraglichen Gesetzes besteht in den dem §. 4. eingeschalteten Worten: „für den Acceptanten". Der Entwurf, wie ihn die Staatsregierung dem Landtag vorgelegt hatte, lautete in Übereinstimmung mit dem betreffenden Königlich Sächsischen Gesetz wörtlich:

§. 4.

„Wird jedoch eine Anweisung (nämlich eine kaufmännische Anweisung, wie deren Begriff im §. 1. des Gesetzes selbst angegeben ist) acceptirt, so entsteht daraus dieselbe Verbindlichkeit, wie aus der Acceptation einer Tratte,"

somit die im Art. 23. der allgemeinen Wechselordnung vorgeschriebene wechselmäßige Verpflichtung des Trassaten zur Bezahlung der acceptirten Summe ꝛc. und weiter die im Art. 26. vorgesehene Berechtigung der Indossatare zur Regreßnahme an ihre Vormänner, falls die Zahlung zur Verfallzeit nicht erfolgt.

Daß diese Eigenschaft der Wechsel auch den kaufmännischen Anweisungen und zwar diesen so recht eigentlich beigelegt werden sollte, ohne daß letztere zugleich den mancherlei sonstigen Vorschriften über die Form des Accepts, über die Nothwendigkeit zeitiger Protesterhebung ꝛc. unterworfen wären, geht aus den dem Gesetzentwurf beigefügten Motiven überzeugend hervor. In denselben ist nämlich unter anderem auch bemerkt: „Wer von dem Handelsverkehr in Sachsen und den zunächst angrenzenden Thüringischen Ländern einige Kenntniß erlangt habe, dem sei es auch nicht unbekannt, wie allgemein und vielfältig derselbe, vornehmlich in den Fabrikgegenden auf den sogen. kaufmännischen Anweisungen beruhe, welche sich von den Wechseltratten materiell nur dadurch unterschieden, daß sie nicht vor Verfall zum Accept eingesendet würden, mithin der Aussteller und Ausgeber auch nicht früher nöthig habe, für Deckung zu sorgen. — Obgleich nun in der Acceptation solchen Papieren eben Das abgehe, was den Wechsel-Tratten allein die Fähigkeit gebe, dem Weltverkehr im Großen zu dienen, so habe sich doch in dem verhältnißmäßig kleinen Kreise jener Gegenden der Gebrauch und der Credit derselben seit langer Zeit immer erhalten und bilde daselbst einen Hauptträger, ja zum großen Theil die unerläßliche Bedingung des lebhaften Fortbestehens der Industrie, weil der strenge

Regreß gegen den Aussteller und die Indossanten, meist bekannte oder doch leicht zu erfragende Leute, sofort bei Verfall durch die Gerichte gesichert sei."

Der Landtag erkannte dieß auch bereitwillig an, fand aber Bedenken bei dem §. 4. des Gesetzentwurfs, weil in diesem §. die Worte fehlten „gegen den Acceptanten". Die Nothwendigkeit der Hinzufügung dieser Worte wurde bei der Discussion hierüber durch die Bemerkung motivirt, „weil eine Anweisung nur dann erst einem Wechsel gleich gelten solle, wenn Acceptation erfolgt sei. Dieser Zusatz sei durchaus nothwendig, wenn man den Aussteller einer Anweisung nicht gefährden wolle. Wer eine Anweisung ausstelle, der wolle eben bloß eine Anweisung und keinen Wechsel ausstellen. Wenn nun die Acceptation einer Anweisung dieselbe Verbindlichkeit begründen solle, wie eine acceptirte Tratte, so liege es eigentlich bloß in der Hand des Acceptanten, den Aussteller der Anweisung nach Wechselrecht hinsichtlich des Regresses verbindlich zu machen. Es könne also der Aussteller einer Anweisung, der sich gar nicht den Fall gedacht habe, daß er durch diese Anweisung verbindlich gemacht werden könnte, durch die Acceptation des Schuldners in den Fall kommen, daß er unvermuthet nach Wechselrecht in Regreß genommen werde, wenn der Acceptant nicht bezahle. Dagegen müsse Vorkehrung getroffen werden durch Einschaltung der Worte: „für den Acceptanten". Wer eine Anweisung acceptire, der mache sich mit vollkommener Überlegung nach Wechselrecht verbindlich und Der möge auch verbindlich bleiben, der Aussteller könne aber durch seine Acceptation nicht verbindlich sein, weil ein Dritter nicht auf seine Willensmeinung einwirken könne und solle, wenn er nicht damit einverstanden gewesen. — Die Anweisung werde aus mancherlei Gründen zur Vermeidung einer Wechselausstellung ausgestellt, unter anderen auch deßhalb, weil man bei unsicheren Forderungen nicht der wechselmäßigen Verbindlichkeit anheim fallen wolle und deßhalb eine einfache Anweisung ausstelle, um zu versuchen, ob der Schuldner seine Verbindlichkeit auf eine Anweisung hin erfüllen werde. Dieser Weg sei sehr gangbar. Wenn auch solche Anweisungen kaufmännische wären, so gelangten sie dennoch auf verschiedenen Mittelwegen auch an Leute, die keine Kaufleute wären. Diese indossirten und girirten als Zwischenglieder die Anweisungen, bis sie zuletzt vom Bezogenen acceptirt oder zurückgewiesen würden. Wenn der Bezogene

nicht acceptire oder acceptire aber nicht zahle, so könnten dann nach der Bestimmung im §. 4. des Entwurfs alle Nachmänner rückwärts auf alle Vormänner nach Wechselrecht Anspruch machen. An solche wechselmäßige Verantwortlichkeit dächten solche, welche Anweisungen ausstellten, regelmäßig nicht, wenn sie auch zufällig alle die Erfordernisse in eine solche Anweisung brächten, daß man die Anweisung nach Inhalt des vorliegenden Gesetzentwurfs eine kaufmännische nennen könne. Diese Gefahr müsse von den Zwischenmännern durch den Zusatz: „gegen den Acceptanten" entfernt werden. Der Acceptant der Anweisung müsse wechselmäßig verbindlich werden, aber der Aussteller und die Giranten müßten zwar verpflichtet bleiben, aber nicht nach Wechselrecht ꝛc."

Gegen diese Auffassung des vorgelegten Gesetzentwurfs erklärte der Regierungscommissar — derselbe, welcher an der Leipziger Conferenz Theil genommen hatte — „daß das ganze Gesetz keinen Werth habe, wenn darin der Grundsatz nicht anerkannt werde, daß der Aussteller einer solchen Anweisung dafür stehen müsse, wenn dieselbe nicht anerkannt werde. Trotz des beantragten Zusatzes, wenn derselbe in §. 4. aufgenommen werde, würde allerdings sowohl der Aussteller als der Indossant einer solchen Anweisung nach §. 1. haftpflichtig sein, denn es solle eine solche Anweisung als Wechsel behandelt werden und nur in Beziehung auf die Verbindlichkeit des Acceptes sei eine Abweichung angenommen. Allerdings könne jeder Indossant einer solchen Anweisung sich der Haftpflicht entziehen durch den einfachen Zusatz: „ohne obligo". Es finde dieß auch bei weiterer Begebung von Wechseln statt. Das, was das Gesetz bezwecke, sei, daß man durch die Bestimmungen über Anweisungen auf kurzem Wege ein Papier schaffe, was den kleinen Gewerbtreibenden Credit zu verschaffen im Stande sei, die nicht einen Wechsel ausstellen könnten, weil der Wechsel zum Accept präsentirt werden könne und keine Gültigkeit habe, wenn nicht zugleich die Deckung geschafft werde. Das sei bei der Anweisung nicht der Fall. Der Gewerbtreibende könne diese auf 2, 3, 4, 5, 6 Monate stellen und er habe so lange Zeit, bis er die angemessene Deckung beschaffen müsse, weil in der Zwischenzeit eine Erklärung darüber, ob die Anweisung angenommen werde oder nicht, nicht gefordert werden könne. Wollte man nun für den Aussteller auch nicht die Haftpflicht gelten lassen, so würde Niemand mehr auf eine Anweisung im Großherzogthum

Weimar mit Ausnahme der ehemals Preußischen Gebietstheile Geld geben. Nach dem gegenwärtig geltenden Recht könne aus der Anweisung gegen den Aussteller unmittelbar allerdings nicht geklagt werden. Die Klage müsse vielmehr geschehen aus dem ursprünglichen Geschäfte, welches der Ausstellung zum Grunde liege. Wäre die Anweisung zur Zahlung ausgestellt worden, so müsse die Klage aus dem Geschäfte gestellt werden, aus welchem die Zahlung zu fordern sei; wäre dagegen die Anweisung ausgestellt, um ein Darlehn zu erhalten, so müsse auch aus dem Darlehn geklagt werden. Dadurch würden aber große Hemmnisse in den Verkehr gebracht werden, die oft schon empfunden worden wären. Denn trotzdem, daß das Gesetz eine solche unmittelbare Wirksamkeit der Anweisungen nicht anerkenne, wären doch diese Anweisungen in dem Verkehr für unentbehrlich erachtet worden. Man habe viele Versuche gemacht, aus nicht honorirten Anweisungen zu klagen, weil im Publicum das Bewußtsein lebe, daß solche Anweisungen gelten müßten. Die Leute wären freilich mit solchen Versuchen abgewiesen worden, aber es lehrten diese Versuche, wie tief das Bedürfniß in dem Verkehr begründet sei, daß Anweisungen mit solcher Wirksamkeit beständen, wie dieß bereits in Sachsen der Fall und in ganz gleicher Weise in dem vorliegenden Gesetzentwurf enthalten sei."

Im weiteren Verlauf der Berathung wurde sogar für nöthig erachtet, das Wörtchen „nur" dem erwähnten Zusatz noch beizufügen; der Regierungscommissar erklärte sich aber gegen diese weitere Abänderung des Gesetzentwurfs als unnöthig, „weil aus der Acceptation in der That nur für den Acceptanten und für Niemand anders eine Verpflichtung entstehen könne. Es liege dieß ja in der Natur der Sache und ergebe sich aus den Grundsätzen des Wechselrechts ganz unleugbar. Ob durch die Ausstellung oder ob durch das Indossement noch andere Verpflichtungen für Andere entständen, das sei eine Sache, die lediglich nach §. 1. zu beurtheilen sei. Wollte man aber jede Wechselpflicht abschneiden, so würde das nur eine Vernichtung der Gültigkeit aller Anweisungen und eine Ablehnung des ganzen Gesetzes sein."

Dieser Bedenken ungeachtet wurde bei der Abstimmung durch Mehrheitsbeschluß der §. 4. des Entwurfs nur in der Fassung angenommen: „Wird .... acceptirt, so entsteht daraus nur für den Acceptanten, nicht aber für den Indossanten und Aussteller, dieselbe Verbindlichkeit, wie aus der Acceptation einer Tratte," dieser

Beschluß aber späterhin, nachdem von Seiten der Staatsregierung darauf aufmerksam gemacht worden war, daß derselbe im Widerspruch stehe mit der bereits angenommenen Fassung des §. 1. des Gesetzentwurfs, im Verlaufe der hierüber eröffneten weiteren Discussion wieder aufgehoben und nunmehr der §. 4. in der im Gesetz ersichtlichen Fassung angenommen, zur möglichsten Vereinigung der entgegenstehenden Ansichten der Staatsregierung und des Landtags über den den acceptirten Anweisungen einzuräumenden Umfang der Wechsel-Verbindlichkeit zu §. 6. des Entwurfs noch ein Zusatz beschlossen in den Worten: „Wechselhaft wird jedoch nur gegen den Acceptanten einer Anweisung verhängt", um dadurch anzudeuten, daß die ganze Wechselstrenge nur gegen den Acceptanten, nicht aber auch gegen den Aussteller und die Indossanten eintreten solle.

Die Erklärungsschrift des Landtags vom 30. Juni 1849 faßte das Ergebniß dieser Berathung dahin zusammen, daß er nur bei Einem Punct des Gesetzentwurfs mit demselben nicht einverstanden sei, nämlich darin, daß gegen den Aussteller und die Indossanten einer kaufmännischen Anweisung der Regreß selbst mit Vollstreckung der persönlichen Haft genommen werden könne, was in manchen Verhältnissen zu großen Härten führen würde, während doch der Zweck des Gesetzes schon durch die Zulassung des raschen Wechselprocesses gegen jene Personen erreicht werden dürfte." Aus diesen Gründen beantragte er zu §. 4. nach dem Worte „daraus" den Zusatz „für den Acceptanten" und zu §. 6. den Zusatz: „Wechselhaft findet jedoch nur gegen den Acceptanten einer Anweisung Statt." So ist dann auch das Gesetz am 13. Juli 1849 erlassen worden. Das über diesen Gegenstand dermalen im Großherzogthum Weimar geltende Recht läßt sich, wie das Gesetz nun einmal gefaßt ist, in folgenden Sätzen formuliren:

1) Kaufmännische Anweisungen, d. i. solche Papiere, welche in ihrer Fassung (nicht bloß in einer Aufschrift) als Anweisung bezeichnet sind und
   a) die Angabe der zu zahlenden Geldsumme,
   b) den Namen der Person oder die Firma, an welche oder an deren Ordre,
   c) die Angabe der Zeit, zu welcher gezahlt werden soll,
   d) die Unterschrift des Ausstellers mit seinem Namen oder seiner Firma,

e) die Angabe des Orts, Monatstags und Jahres der Ausstellung,

f) den Namen der Person oder die Firma, welche die Zahlung leisten soll,

g) die Angabe des Orts, wo die Zahlung geschehen soll,

enthalten, stehen den gezogenen Wechseln allenthalben gleich, nur mit der Ausnahme, daß sie

2) nicht zur Annahme präsentirt zu werden brauchen und, falls eine solche Präsentation dennoch geschieht, der Bezogene nicht verpflichtet ist, sich darauf zu erklären, und der Inhaber nicht befugt, wegen Verweigerung der Annahme oder einer Erklärung darauf Protest zu erheben und Regreß zu nehmen;

3) mit der ferneren Ausnahme, daß die wechselrechtlichen Folgen der Acceptation einer solchen Anweisung auf den Acceptanten beschränkt sind; endlich

4) auch mit der Ausnahme, daß, wenn aus solchen Anweisungen auf Zahlung oder Rembours geklagt wird, Wechselhaft nur gegen den Acceptanten verhängt werden darf, der Wechselproceß aber auch gegen die übrigen Beklagten stattfindig ist.

Von diesen Ausnahmen bedarf zunächst die unter 2. bemerkte einer näheren Prüfung, weil sie es hauptsächlich ist, welche den Werth solcher Papiere für den kaufmännischen Verkehr zu gefährden und somit den Zweck des ganzen Gesetzes zu vereiteln geeignet ist. Denn mit der Beschränkung der wechselrechtlichen Folgen der Acceptation einer solchen kaufmännischen Anweisung auf den Acceptanten sind dem Inhaber eines solchen Papiers seinen Vormännern gegenüber alle die Sicherungsmittel entzogen, welche die Bestimmungen im §. 25 ff. der allgemeinen Wechselordnung dem Inhaber eines Wechsels gegen die Indossanten und den Aussteller desselben gewähren, und nur die gemeinrechtlichen Vorschriften über Regreßnahme an denjenigen, von welchem er ein solches Papier entweder an Zahlungsstatt oder in Folge eines anderen Rechtsgeschäfts erhalten hat, noch übrig, welche ihn zu deßfallsigen Ansprüchen nur gegen seinen nächsten Vormann berechtigen, falls der Bezogene mit Ablauf der in der Anweisung enthaltenen Zahlungsfrist die Honorirung der Anweisung verweigert oder solche wegen inzwischen eingetretener Zahlungsunfähigkeit nicht honoriren kann rc., während die Wechselordnung den Inhaber eines Wechsels in dergleichen

durch Art. 25 ff. vorgesehenen Fällen berechtigt, seinen Regreß an sämmtlichen Vormännern zu nehmen und hierbei an die Folgeordnung der Indossamente und die einmal getroffene Wahl nicht gebunden ist, eine Bestimmung, welche allein solchen umlaufenden Papieren Vertrauen erwecken und sichern kann, weil man bei dem Empfang derselben nicht erst ängstliche Nachfrage darüber anzustellen braucht, ob der Bezogene durch seinen äußeren Credit und sonstigen Ruf in der kaufmännischen Welt die nöthige Sicherheit gewähre, zur Verfallzeit Zahlung zu leisten, sondern es schon genügt, unter den auf dem Papier bereits befindlichen Indossamenten solche zu finden, welche von als solid bekannten Banquier- und Handlungs-Firmen erfolgt sind, oder den Aussteller selbst als einen Mann zu kennen, zu dem man das Vertrauen hegen darf, er werde nicht ein solches Credit-Papier ausstellen und in Verkehr setzen, dessen Trassat ihm als unsicher bekannt sei oder aus sonstigen oben bereits angedeuteten Gründen es nicht honoriren werde. Wie wichtig jenes Recht der Auswahl unter den Vormännern im Falle der Nothwendigkeit der Regreßnahme ist, erhellt ferner auch daraus, daß gleichzeitig mit dem Trassaten auch der nächst vorhergehende Indossant zahlungsunfähig geworden sein kann, der Inhaber eines solchen Papiers, wenn seine Regreßnahme nur nach gemeinrechtlichen Grundsätzen sich richten sollte, in einem solchen Fall voraussichtlich das leere Nachsehen haben würde. Allen diesen Gefahren war durch die ursprüngliche Fassung des §. 4. des Gesetzentwurfs vorgebeugt, welche einfach bestimmte, daß aus der Acceptation einer kaufmännischen Anweisung dieselbe Verbindlichkeit entstehe, wie aus der Acceptation einer Tratte, folglich auch jenes Recht des Regreß-Nehmers seinen sämmtlichen Vormännern gegenüber, ohne hierbei an die Folgeordnung der Indossamente und die einmal getroffene Wahl gebunden zu sein. Schon der Umstand, daß in den Gebietstheilen, wo das Preußische Recht gilt, die vorgeschlagene gesetzliche Vorschrift schon lange besteht, ohne jene hervorgehobenen Nachtheile herbeigeführt zu haben; ferner daß man in dem Königreich Sachsen bei seinem ausgebreiteten Fabrik- und Handelsverkehr dieselbe Vorschrift einzuführen für nöthig erachtet, und daß die Weimarsche Staatsregierung in dieser bereits vorliegenden Erfahrung genügenden Grund gefunden hatte, denselben Weg zu betreten, hätte wohl den Landtag abhalten sollen, den vorgelegten Gesetzentwurf mit einem Zusatz zu versehen, welcher den ganzen Zweck desselben ge-

fährdet und jedenfalls zu sehr erheblichen Zweifeln Anlaß giebt. Die zur Rechtfertigung dieses Zusatzes vorgebrachten Gründe beruhen augenscheinlich auf einer Verkennung des wesentlichen Unterschiedes, welcher zwischen kaufmännischen Anweisungen, und gewöhnlichen — sogen. Assignationen im Sinne des gemeinen Rechts — besteht. Daß bei letzteren eine weitere Übertragung auf einen Dritten ꝛc. und somit eine Circulation des die Assignation beurkundenden Papiers nicht leicht vorkommt, lehrt die tägliche Erfahrung. Um aber auch auf jenen mit wichtigen rechtlichen Folgen verknüpften Unterschied aufmerksam zu machen, enthält der §. 1. des Gesetzes für die kaufmännischen Anweisungen mehrfache formelle Vorschriften, welche bei den gewöhnlichen Anweisungen des außerkaufmännischen Verkehrs kaum vorkommen dürften, so daß schon in der Vorschrift der Beobachtung dieser formellen Erfordernisse der Aussteller der einen und anderen Art solcher Anweisungen die rechtlichen Folgen derselben sich vergegenwärtigen kann und namentlich von demjenigen, welcher die für die kaufmännischen Anweisungen vorgeschriebene Form beobachtet, im Voraus angenommen werden muß, daß er eingedenk der vorhandenen gesetzlichen Vorschrift durch die Beobachtung dieser Form sich nach Wechselrecht habe verbindlich machen wollen, was ja nach Art. 1. der allgemeinen Wechselordnung Jeder zu thun befugt ist, der sich durch Verträge verpflichten kann. Er wird dann nicht durch die Acceptation des Bezogenen verbindlich gemacht, sondern er ist dieß schon durch die Ausstellung der Anweisung und Aushändigung derselben an einen Dritten, um die Valuta derselben zu erheben und für sich zu verwenden, somit die wirkliche Empfangnahme oder etwaige Stundung derselben bei demjenigen, welchem er jene Anweisung ausgehändigt, der eigentliche Act seiner Verpflichtung, und die spätere Acceptation des Bezogenen nur der Moment, welcher diesen zu demjenigen verpflichtet, worauf die Anweisung lautet. Auch bei den trassirten Wechseln begründet ja erst die Acceptation der Tratte von Seiten des Bezogenen die Wechselverbindlichkeit zwischen diesem und dem Aussteller der Tratte auf Ersatz Dessen, was der Letztere für Ersteren in Folge des acceptirten Wechsels an den Indossatar bezahlt hat; mithin ist die deßfallsige Verpflichtung des Trassanten ebenfalls von der Handlung eines Dritten abhängig gemacht.

Gewöhnliche Anweisungen — im Gegensatz von kaufmännischen Anweisungen — mögen wohl in den meisten Fällen zur bequemeren

Einziehung von Forderungen bei entfernt oder doch wenigstens auswärts wohnenden Schuldnern ausgestellt werden. Auch Kaufleute können und werden dergleichen Anweisungen ausstellen, ohne daß sie bloß wegen der Person des Ausstellers zu kaufmännischen Anweisungen werden, so lange sie nicht die in dem Gesetz vom 13. Juli 1849 vorgeschriebenen formellen Erfordernisse an sich tragen, deren Beobachtung nicht leicht bei solchen Anweisungen vorkommen dürfte, deren Zweck zunächst nur darauf gerichtet ist, Forderungen einzuziehen, weil im Falle der Nichtannahme der ausgestellten Anweisung von Seiten des Assignaten durch die mancherlei Regreß-Ansprüche, welche den verschiedenen Assignataren gegen einander daraus erwachsen, für den Assignaten dieser Weg zur Realisirung einer ausstehenden Forderung zuletzt als ein sehr kostspieliger sich ausweisen würde. Solche einfache Anweisungen werden nicht oft durch Indossamente in die Hände verschiedener Assignatare gelangen, aber auch eben so wenig wirkliche kaufmännische Anweisungen bei gewöhnlichen Handwerkern oder Bauern circuliren, welche deren rechtliche Eigenschaft und die Folgen ihrer aus der weiteren Abtretung derselben entspringenden Verbindlichkeiten zu beurtheilen nicht vermöchten. Deßhalb scheinen alle die von dem Landtag gegen den ursprünglichen Entwurf des in Frage stehenden Gesetzes erhobenen oben bereits angedeuteten Bedenken auf einer völligen Verkennung des wesentlichen Unterschiedes zwischen kaufmännischen Anweisungen und gewöhnlichen Assignationen zu beruhen und es ist sehr zu bedauern, daß die Staatsregierung dem vom Landtag beantragten Zusatz zu dem fraglichen Gesetzentwurf nicht entschiedener entgegen getreten ist oder solchen bis dahin zurückgezogen hat, wo sie bei einem späteren Landtag eine auf Sachkenntniß beruhende Beurtheilung des ursprünglichen Gesetzentwurfs und in Folge davon eine im Wesentlichen unveränderte Annahme des vorgelegten Entwurfs erwirken konnte, welche allein den in den Motiven zu demselben ausgesprochenen Zweck solcher Papiere zu sichern vermochte. — Daß das erwähnte Gesetz in seiner jetzigen Fassung nicht bereits erhebliche Störungen im kaufmännischen Verkehr und kostspielige Processe zur Folge gehabt, hat nach eingezogener Erkundigung lediglich darin seinen Grund, daß der Kaufmannsstand hierbei die schon vor dem Erscheinen dieses Gesetzes von ihm befolgte Usance höher achtet als ein Gesetz, welches nach seiner jetzigen Fassung den kaufmännischen und Fabrikverkehr eher zu stören als zu fördern geeignet ist. Dieser

Umstand darf jedoch nicht davon abhalten, das Gesetz seinem Zweck gemäß abzuändern, weil jene Usance eine zu unsichere Grundlage bildet, um den rechtlichen Kaufmann bei Annahme solcher Papiere vor namhaften Verlusten zu bewahren, das Gesetz qu. überhaupt als ein unnützes sich darstellen würde, wenn eben nur die erwähnte Usance und nicht die gesetzliche Vorschrift den Werth der fraglichen Creditpapiere im Verkehr sichert.

Es gehört gewiß so recht eigentlich zu der den Blättern für Rechtspflege gestellten Aufgabe, diese Angelegenheit zu dem Ende zur Sprache zu bringen, zunächst, damit die Weimarische Staatsregierung sich bewogen finden möge, auf verfassungsmäßigem Wege wenigstens aus dem §. 4. des Gesetzes vom 15. Juli 1849 die störenden Worte „für den Acceptanten" zu entfernen, sodann, damit die Staatsregierungen auch der übrigen zum hiesigen Oberappellationsgerichtsbezirk vereinten Länder dem von der Leipziger Conferenz gefaßten Beschluß gemäß diesen Gegenstand recht bald im Wege der Gesetzgebung ordnen, daneben aber auch, damit möglichste Übereinstimmung derselben als leitendes Princip dabei festgehalten werde. Der erste der vorstehend ausgesprochenen Wünsche findet wohl seine ausreichende Rechtfertigung in demjenigen, was über den Zweck des fraglichen Gesetzes oben bereits ausführlich bemerkt worden ist. Für den zweiten und dritten Wunsch sprechen dieselben sachlichen Gründe, welche zur Einführung einer allgemeinen deutschen Wechselordnung geführt haben. — Welche Unsicherheit des Verkehrs mit solchen Papieren, wie die kaufmännischen Anweisungen, welche oft in wenigen Tagen durch drei, vier ꝛc. Hände und eben so viele Staatsgebiete gehen, muß daraus entstehen, wenn sie in dem einen Land die Eigenschaft einer Tratte an sich haben, in dem anderen wieder nur als einfache Anweisungen gelten, ja sogar, wie gegenwärtig im Großherzogthum Weimar, als das Eine und Andere zugleich angesehen werden müssen, je nach dem es sich um die Verbindlichkeiten des Acceptanten oder um die des Ausstellers, früherer Indossanten und Indossatare handelt?

Das Königlich Sächs. und das Fürstlich Reuß. Gesetz enthalten im §. 6. und resp. 5. die Beschränkung der kaufmännischen Anweisungen auf die Summe von mindestens 50 Thlr. und schreiben als das weiteste Ziel der Zahlbarkeit die Frist von drei Monaten vor, was als eine ganz zweckmäßige Bestimmung angesehen werden muß. Dieselbe ist

aber in dem von der Weimarischen Staatsregierung dem Landtag vorgelegten Entwurf ganz übergangen, ohne daß aus den demselben beigefügten Gründen und aus den Landtagsverhandlungen überhaupt sich ein Grund entnehmen läßt, welcher zu dieser Abweichung von dem Königlich Sächsischen Gesetz bewogen haben könnte, das doch im Übrigen als die Grundlage des vorgelegten Entwurfs bezeichnet wird. Die nachträgliche Aufnahme dieser Vorschrift auch in das Weimarsche Gesetz dürfte schon der Gleichförmigkeit wegen ebenfalls sehr zu wünschen sein.

Entscheidet für den Character des Verbrechens das Vorhandensein des dasselbe auszeichnenden Verhältnisses oder muß der Thäter sich eines solchen auch bewußt gewesen sein?

Vom Hrn. OAppellations-Rath D. Schwarze zu Dresden.

In neuester Zeit ist vielfach die Frage besprochen worden [1]), ob derjenige, welcher mit einem noch nicht vierzehn Jahre alten Mädchen Unzucht getrieben, seine Behauptung, daß er das Mädchen für älter als vierzehn Jahre gehalten habe, zu beweisen verpflichtet oder aber ob die Kenntniß des jüngeren Alters ein Theil des gegen den Angeschuldigten zu führenden Belastungsbeweises sei? Man hat auf der einen Seite geltend gemacht, daß der Beweis des dolus sich auf alle, den Thatbestand des Verbrechens bildenden thatsächlichen Momente erstrecken müsse [2]), dagegen auf der anderen Seite angenommen, daß das Gesetz in der Handlung selbst schon bis auf Weiteres auch den Beweis der Kenntniß ihres Urhebers von den einzelnen Umständen derselben finde und daß daher da, wo das Gesetz diese Kenntniß als Erforderniß nicht noch ausdrücklich erwähne, die Behauptung des Angeklagten wegen Nichtkenntniß jener Umstände als die Geltendmachung eines vom

1) Vgl. Mittermaier, im Gerichtssaale 1854. Bd. II. S. 11 f. und die daselbst referirten Entscheidungen.

2) Bergl. noch Hannöv. Magazin von v. Klencke Bd. IV. S. 120 ff., woselbst die Frage ebenso wie die Überschrift des gegenw. Aufsatzes formulirt ist.

Angeklagten zu beweisenden Strafausschließungsgrundes sich darstelle [3]). Diese Differenz der Ansichten wird auch practisch wichtig betreffs der Fragstellung an die Geschwornen. Gehört die Wissenschaft des Angeschuldigten von dem jugendlichen Alter der Gemißbrauchten zum Thatbestande des Verbrechens und bildet der Beweis desselben einen Theil des Anschuldigungbeweises, so ist, auch ohne Antrag von irgend einer Seite, die Hauptfrage in dessen Gemäßheit zu formuliren oder die Frage betreffs der Wissenschaft in eine besondre Frage zu verweisen. Letztrer Vorschlag würde jedoch manche Bedenken wider sich erregen. Wie nämlich es schon an sich nicht angemessen ist, wesentliche Bestandtheile des objectiven, wie des subjectiven Thatbestands eines Verbrechens aus der Hauptfrage in Nebenfragen zu verweisen und dadurch die innere Harmonie und Einheit zusammengehöriger Thatsachen zu zerreißen, so würde bei einer solchen Scheidung möglicherweise die Hauptfrage bejaht und die, den dolus betreffende Nebenfrage verneint, mithin betreffs derselben Handlung ein Schuldig und eine Verneinung erfolgen, welche in sich selbst, bei einer richtigen Auffassung der Bedeutung des auf Schuldig lautenden Verdicts, einen Widerspruch enthält. Man könnte sogar in Frage ziehen, ob es überhaupt einer besonderen Hervorhebung dieser Wissenschaft des Angeklagten von dem Alter des Mädchens in der Frage bedürfe, da in dem Schuldig oder Nichtschuldig der Jury gleichzeitig auch über diesen Theil der Schuldfrage mit entschieden werde. Eine sehr nahe liegende Analogie bietet die Frage über die Zurechnung, welche gleichfalls nicht besonders gestellt werden muß, vielmehr schon in und mit der Schuldfrage selbst ihre Erledigung findet. Erblickt man dagegen in der Unkenntniß des Angeklagten von dem Alter des Mädchens einen Strafausschließungsgrund, so würde, nur auf Antrag oder in Folge besonderer, hierauf sich beziehender thatsächlicher Ergebnisse der Verhandlung, auf diesen Irrthum eine besondere Zusatzfrage zu richten sein.

Man hat bei dieser Frage wieder seine Zuflucht zu der praesumtio doli genommen und die Aushülfe des dolus indirectus getadelt [4]). Beides wohl mit Unrecht. Ist der Fall in concreto von der Art, daß

3) Goltdammer, Archiv d. Strafrechts Bd. II. S. 238 ff. S. 254. Bd. III. S. 56. und die daselbst referirten Entscheidungen des Obertribunals zu Berlin.

4) Vgl. bes. Goltdammer, Archiv Bd. III. S. 53 folg. in Verbindung mit Mittermaier a. a. O.

über das Alter des Mädchens in der hier fraglichen Beziehung kein Zweifel obwalten kann, so wird der Thäter selbst mit einer solchen Behauptung, daß er das Mädchen für älter als vierzehn Jahre gehalten habe, gar nicht vortreten und, wenn er es dessen ungeachtet thun sollte, mit derselben zurückgewiesen werden. Es liegt hierin keine praesumtio doli, sondern nur, in Consequenz der Regeln des Indicienbeweises, eine thatsächliche Beweisführung für den dolus. Der letztere wird nicht vermuthet, sondern nur aus den Thatsachen, wie sie vorliegen, bewiesen. Der dolus ex re, wie man ihn genannt hat, fußt in der concreten Sachlage, — die praesumtio doli in einer allgemeinen gesetzlichen Norm, — beide haben mit einander nichts gemein. Die Versicherung des Inculpaten, daß er das Mädchen für älter als vierzehn Jahre gehalten habe, wird nur in den seltenen Fällen vorgebracht werden, wo das Mädchen bereits geschlechtlich so vollständig entwickelt gewesen, daß der Thäter es allerdings für bei weitem älter halten konnte. In der Regel bekümmert sich der Thäter gar nicht um das Alter des Mädchens. Er will Befriedigung seiner Geschlechtslust entweder überhaupt oder speciell durch das Mädchen, welches seine Sinnlichkeit gereizt hat. Bekümmert er sich nun hierbei nicht um das Alter des Mädchens, obschon mindestens es zweifelhaft erscheint, ob dasselbe das mehrerwähnte Alter überschritten habe, so ist auch die Annahme gerechtfertigt, daß er das Mädchen mißbrauchen wollte, gleichviel in welchem Alter es sich befinde, insbesondere ohne Rücksicht darauf, ob es das vierzehnjährige Lebensjahr bereits überschritten habe oder nicht. Er würde von seinem Vorhaben nicht abgestanden sein, auch wenn er bestimmt gewußt hätte, daß das Mädchen noch nicht das vierzehnte Altersjahr überschritten habe. Daß ihm unter solchen Umständen die Thatsache, daß das Mädchen dieses Alter nicht zurückgelegt hat, nicht nur zur Schuld, sondern insbesondere als in seinem dolus mit begriffen angerechnet wird, versteht sich von selbst. Die Bezugnahme auf den dolus indirectus ist hierdurch gerechtfertigt. Eine leider! reiche Praxis im K. Sachsen bestätigt die obige Bezugnahme auf die gewöhnliche Gestaltung des Falles ebensowohl als die hierauf gestützte Annahme eines dolus indirectus.

Hierdurch wird jedoch an dem Satze nichts geändert, daß die Wissenschaft des Thäters von dem Alter des Mädchens als eine Richtung des verbrecherischen Willens, welche das Gesetz voraussetzt, und mithin auch als ein Theil des Schuldbeweises zu betrachten sei. Das Ge-

setz hat in dem jugendlichen Alter des Mädchens das eigentlich strafbare Moment gefunden und deßhalb das an sich straflose Stuprum mit dem Mädchen zum Verbrechen erhoben. Ist der Thäter der Meinung, daß dieses strafbare Moment nicht vorhanden sei, so fehlt es an der Vorbedingung eines verbrecherischen Willens. Die Nachtheile, welche das Mädchen in Folge seines jugendlichen Alters bei einem Stuprum erleidet, können das letztre nur strafbar machen, wenn der Urheber desselben ihre factische Basis kennt oder vermuthet. Ob man nun den Satz, daß, wenn die Strafbarkeit einer Handlung von besondren Thatumständen bedingt ist, dieselbe ihrem Urheber nur bei der Kenntniß der letzteren als ein vorsätzliches Verbrechen zugerechnet werden könne, positiv oder negativ, wie es jetzt z. B. das Preuß. Strafgesetzbuch §. 44. thut, fassen will, ist für unsere Frage gleichgültig[5]); — die Natur des Satzes selbst bleibt davon unberührt. Wir begegnen dem Satze überall auch da, wo die Strafbarkeit von besonderen Eigenschaften oder Verhältnissen des Verletzten abhängig ist; z. B. bei dem Inceste, der Bigamie. Will man denjenigen, welcher eine bereits verheirathete Person ehelicht, schon dieser Thatsache wegen strafen und nur ihm den Beweis nachlassen, wie er nicht gewußt habe, daß sein Ehegatte bereits anderwärts verheirathet sei? — Oder will man bei dem Ehebruche den Beweis der Thatsache, daß einer der Concumbenten eine verheirathete Person gewesen sei, für genügend erachten und dem andern Concumbenten den Beweis des Irrthums ansinnen? Der strafbare Wille wird, in Consequenz dieser Auffassung, als eine Nebensache behandelt und eine weder durch die Theorie gerechtfertigte, noch von der Praxis gebilligte und der juristischen wie der rein menschlichen Auffassung der Natur des Verbrechens zuwiderlaufende Scheidung des Schuldbeweises eingeführt. Mit demselben Rechte könnte man schließlich auch jede eigenmächtige Aneignung einer fremden Sache (ohne Gewalt) als Diebstahl characterisiren und dem Aneigner lediglich den Beweis nachlassen, daß er nicht in diebischer Absicht, sondern nur zur Selbsthülfe rc. die Sache an sich genommen habe. Wir wiederholen dabei, daß der Beweis des verbrecherischen Willens häufig aus den festgestellten Thatsachen von selbst sich mit ergiebt, ohne daß es einer weiteren und besonderen Beweisaufnahme bedarf. Allein hierdurch wird die Nothwendig-

5) Vgl. jedoch Goltdammer, Archiv Bd. II. S. 254 fg.

keit des Beweises ebensowenig aufgehoben als die Negation des dolus zu einem Strafausschließungsgrunde herabgesetzt. Wir sollten von einem solchen nur da sprechen, wo der Thatbestand der verbrecherischen Handlung vollständig hergestellt ist und ein nebenhergehender zufälliger Umstand die an sich verwirkte Strafe ausschließt. Es würde daher selbst in Frage kommen (und die schwurgerichtliche Praxis betreffs der Fragstellung hat die Frage verneint), ob überhaupt z. B. die Unzurechnungsfähigkeit als ein Strafausschließungsgrund und nicht vielmehr, wie alle Verhältnisse, welche die Existenz des dolus selbst ausschließen (Irrthum, Nothstand ꝛc.), als einfache Negation des verbrecherischen dolus, mithin des Verbrechens selbst anzusehen sei. Es liegt klar vor, daß man z. B. den freiwilligen Ersatz, die rechtzeitige Anzeige des Complottanten beim Hochverrathe, den Widerruf des Meineids ꝛc. nicht mit der Unzurechnungsfähigkeit, dem Irrthume zusammenstellen und den Unterschied nicht etwa darin, daß jene Thatsachen nur bei gewissen, diese bei allen Verbrechen die Strafbarkeit ausschließen, finden kann.

Ein anderer als der hier besprochne Fall ist es, wenn das Gesetz bei einzelnen Verbrechen bei dem Eintritte besonders schwerer Folgen der That eine erhöhte Strafe androht, wie z. B. bei den Verbrechen des Raubes, der Brandstiftung. Zunächst wird der Thatbestand des Verbrechens selbst davon nicht berührt, ob die schwerere Folge eingetreten ist oder nicht. Es bleibt das Verbrechen z. B. eine dolose Brandstiftung, gleichviel ob ein Mensch durch den Brand das Leben verloren hat oder nicht, und gleichviel ob der Brandstifter diesen Erfolg voraussehen konnte oder nicht. Es kann möglicherweise eine (versuchte oder vollendete) Tödtung concurriren, aber der Thatbestand der Brandstiftung bleibt derselbe. Die Aufnahme solcher Straferhöhungsgründe in besondre Nebenfragen ist zu empfehlen. Sie sind selbständig und nur durch die Bejahung der Hauptfrage bedingt, ohne daß die Bejahung der letzteren einen Einfluß auf die Beantwortung der Nebenfrage gewinnt.

Bei diesen, die Strafbarkeit erhöhenden schwereren Folgen des Verbrechens wird es auch, wenn das Gesetz nicht etwas anders ausdrücklich vorschreibt, darauf nicht ankommen, ob und in wieweit der Thäter die Folge als wahrscheinlich voraussehen konnte. Der Thäter befindet sich in Ausführung eines strafbaren Unternehmens. Wieweit

die Verletzung gehen wird, welche er herbeiführen will, kann er oft im Voraus gar nicht bestimmen. Es ist nicht eine bloße Unbedachtsamkeit, wenn der Erfolg der Handlung über den ursprünglichen Zweck derselben hinausgeht, — sie ist vielmehr mit dem bösen Vorsatze, aus dem die Handlung entsprungen, vermischt und die Vertretung des letzteren schillert auf die Haftung für den weiter gehenden Erfolg hinüber. Es ist die luxuria in der Köstlinschen Auffassung, — die culpa dolo determinata des älteren Rechts. Man braucht auch hier nicht zu einer praesumtio doli und selbst nicht zu einem dolus indirectus seine Zuflucht zu nehmen. Der Gesetzgeber hat den schwereren Erfolg einer verbrecherischen Handlung in seiner objectiven Erscheinung als einen Straferhöhungsgrund betrachtet [6]). Die verbrecherische Handlung ist die wirkende Ursache auch des schwereren Erfolgs und von dem Urheber auch dann zu vertreten, wenn weder sein directer noch sein indirecter Vorsatz auf denselben gerichtet war. Der Urheber kann daher sich von der Vertretung auch dadurch nicht befreien, daß der schwerere Erfolg durch einen zufälligen, mitwirkenden Umstand herbeigeführt wurde. Der Gesetzgeber hat die Strafen des Verbrechens nach der Schwere des Erfolgs abgestuft und die Willensrichtung nur in Bezug auf den eigentlichen Thatbestand beachtet. Diese strengere, lediglich den Erfolg berücksichtigende Haftung kann selbstverständlich nur in den vom Gesetze selbst bestimmten Fällen eintreten, sie zeigt sich aber auch rücksichtlich aller Theilnehmer an dem Verbrechen, ohne Unterschied, ob der einzelne Theilnehmer grade an derjenigen Handlung sich betheiligt hat, welche, zur Ausführung des gemeinschaftlichen Verbrechens von einem der Theilnehmer unternommen, den schwereren Erfolg herbeigeführt hat.. Es tritt hier eine solidarische Haftung aller Theilnehmer ein, sobald nur die Handlung eine Folge des gemeinschaftlichen Beschlusses und nicht etwa völlig außer dem Kreise des ausdrücklich erklärten oder

6) Auch das OAG. zu Celle hat bei Anwendung des Art. 329. des Hannöv. CrimGB. entschieden, daß schon der Erfolg der angewendeten Gewalt, auch wenn hierauf die Absicht der Räuber nicht gerichtet gewesen, maßgebend sei. Es heißt in der angez. Bestimmung: „Mit geschärfter Todesstrafe sollen die Räuber belegt werden, welche eine Person getödtet haben." Vgl. Hannöv. Magazin Bd. IV. S. 264 f. Es wird daher, wie auch das OAG. zu Celle a. a. O. entschieden, die Frage an die Jury betreffs des Todes einer angefallnen Person nicht auf eine, hierauf gerichtete Absicht des Räubers zu stellen sein.

anzunehmenden Einverständnisses der Genossen gelegen ist. Es kann keiner der Theilnehmer die Vertretung des schwereren Erfolgs mit der Entschuldigung abwenden, daß derjenige, welcher die einzelne betreffende Handlung vorgenommen, sie unnöthigerweise und ohne ausdrücklichen Auftrag der übrigen Genossen oder in einer, ihrem Willen nicht entsprechenden Maße vorgenommen habe.

Es ist diese Frage in der neuesten Zeit bei Gelegenheit eines Capitalfalles im K. Sachsen practisch geworden. Das KreisAGericht zu B. sowohl als das OAGericht sprachen sich für diese ausgedehnte Haftung sämmtlicher Theilnehmer aus. Der Fall betraf die Anwendung des Art. 163. 1. des K. Sächs. Crim.G.B.[7]), mit welchem im Hauptwerke Art. 152. 1. des Thüring. G.B.[8]) übereinstimmt, nur daß das erstre Todesstrafe, letztres lebenslängliches Zuchthaus androht. Es ist in diesen Artikeln der Räuber mit der gedachten Strafe bedroht worden, wenn dabei (bei dem Verbrechen) eine Person (gegen welche Gewalt geübt wurde) getödtet, lebensgefährlich verwundet, verstümmelt ꝛc. worden ist. In dem fraglichen Falle hatten zwei übelberüchtigte Subjecte — Krause und Sackete — zu einem Diebstahle in einem Bauerngute sich verabredet und zur Ausführung desselben einen Sonntagsmorgen, wo sie hofften, daß die sämmtlichen Bewohner des Guts die Kirche besuchen würden, gewählt. Ihrer Erwartung entgegen, war eine Magd im Gute zurückgeblieben. Beide Instanzen sahen die Inculpaten für überführt an, daß sie nunmehr ihren früheren Plan insoweit veränderten, daß sie gegen die Magd Gewalt anzuwenden beschlos-

7) „Diejenigen, welche, um sich fremdes bewegliches Gut zuzueignen oder, um sich, wenn sie bei Verübung eines Diebstahls betroffen werden, in dem Besitze des gestohlnen Gutes zu behaupten, gegen Personen Gewalt ausüben oder solche mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben bedrohen, oder sich der Ausführung eines solchen Verbrechens nach Art. 33. theilhaftig machen, sind nach folgenden Bestimmungen zu bestrafen: 1) mit dem Tode, wenn Jemand dabei getödtet oder lebensgefährlich verwundet ꝛc." worden ist.

8) „Wer gegen Personen körperliche Gewalt ausübt oder dieselben mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben bedroht, um sich fremdes bewegliches Gut zuzueignen und dadurch sich oder einem Andern einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen oder um sich, wenn er bei Begehung eines Diebstahls betroffen wurde, in dem Besitze des gestohlnen Guts zu behaupten, soll als Räuber bestraft werden: 1) mit lebenslänglichem Zuchthause, wenn dabei eine Person, gegen welche Gewalt ausgeübt wurde, getödtet ꝛc." worden ist.

sen, um gegen Herbeirufung von Hülfe durch die Magd, vor der sie ihr Vorhaben nicht verbergen konnten und welche jedenfalls das Aufbrechen verschlossener Thüren und Behältnisse hören mußte, gesichert zu sein. Es wurde daher angenommen, daß sie, wenn gleich bereits in Ausführung des Diebstahls begriffen, die Vollendung desselben durch Gewalt gegen die Magd zu bewirken entschlossen waren. Das Verbrechen des Diebstahls ging mit Anwendung von Gewalt gegen die Magd in das des Raubes über. Die Aussagen der beiden Inquisiten stimmten über die Betheiligung eines jeden derselben an den folgenden Handlungen nicht überein. Jedoch lag nach den Geständnissen Krause's gegen diesen voller Beweis vor, daß er unmittelbar und persönlich bei einer Gewalt gegen die Magd sich betheiligt habe, welche nothwendig und alsbald den Tod derselben herbeiführen mußte. Die Magd wurde durch mehrere scharfe Hiebe mit einem Beile und durch mehrere Stiche mit einem Fleischermesser (dessen Spitze hierbei in den Schädelknochen abbrach und bei der Section vermittels einer Zange herausgezogen werden mußte) auf eine wahrhaft entsetzliche Weise getödtet. Krausens That stellte sich nicht bloß als Raub mit Tödtung, sondern selbst als Mord dar. Sackete leugnete jede, ihm von Krausen beigemessne Betheiligung an der Tödtung der Magd. Er versicherte, daß er im ersten Stockwerke des Hauses mit Erbrechen einer Kammer beschäftigt gewesen, als Krause, der hinter ihm gestanden, sich entfernt habe und in das Haus hinabgegangen sei, ohne daß er es bemerkt habe. Als er die Entfernung wahrgenommen, sei er in die Hausflur herabgegangen und habe, als er die Treppe herabgestiegen, noch gesehen, wie Krause den letzten Beilhieb auf die am Boden liegende Magd geführt habe. Beide Inquisiten haben hierauf die begonnene Entwendung fortgesetzt und, nachdem sie das Gut verlassen, das entwendete Geld getheilt. Einzelne Modificationen und Widerrufe dieser Angaben können hier übergangen werden. — Das KreisAGericht zu B. verurtheilte beide Inquisiten zum Tode. In den Gründen des Erkenntnisses war über die einschlagende Rechtsfrage Folgendes gesagt:

„Die Bestimmung, daß das Verbrechen des Raubes mit dem Tode bestraft werden soll, wenn Jemand dabei getödtet oder lebensgefährlich verwundet worden, setzt nicht voraus, daß die Tödtung einer Person in Folge eines vorher gefaßten Entschlusses oder mit Überlegung von dem Räuber ausgeführt worden sei, denn in diesem Falle

würde ein wirklicher Mord, der schon nach Artikel 121. mit der Todesstrafe bedroht ist, vorliegen und die Strafbestimmung in Artikel 163. No. 1. nur eine überflüssige Wiederholung enthalten.

Die Worte des Artikels: „wenn Jemand dabei (bei der Gewaltausübung gegen Personen) getödtet" wird, geben in ihrer Allgemeinheit vielmehr deutlich an die Hand, daß die absolut angedrohte Todesstrafe überhaupt da, wo die angewendete Gewalt den Tod einer Person zur Folge gehabt hat, eintreten soll und daß es mithin lediglich auf den Erfolg der angewendeten Gewalt, nicht aber darauf, ob dieser Erfolg auch in der Absicht des Räubers gelegen, ankommen soll.

An und für sich wird es daher auch in vielen Fällen unrichtig sein, die im Artikel 163. No. 1. bezeichnete Tödtung mit dem Namen „Raubmord" zu belegen.

Es ist ferner aus der allgemeinen Bestimmung „wenn Jemand dabei getödtet worden" zu ersehen, daß hierunter nicht bloß der Angegriffene oder Beraubte, sondern überhaupt auch jeder Dritte, der für die Räuber zu Ausführung ihres Verbrechens ein Hinderniß abgegeben, zu verstehen ist.

Und endlich lassen die in dem allgemeinen Vordersatze enthaltenen Worte:

„oder sich der Ausführung eines solchen Verbrechens nach Artikel 33. theilhaftig machen,"

mit Bestimmtheit erkennen [9]), daß in dem Falle, wo der Raub von mehreren Personen verübt worden, nicht bloß Denjenigen die Todesstrafe treffen soll, welcher die den Tod einer Person nach sich ziehende Gewalt angewendet hat, sondern auch gegen alle diejenigen eintreten soll, welche nach Artikel 33. als gleiche Theilnehmer am Verbrechen des Raubes anzusehen sind, gleichviel ob sie für ihre Person einen Act der Gewalt ausgeübt haben oder nicht.

Es verfallen daher dieser Strafe selbst alle diejenigen, welche mit Andern zu Erlangung fremden beweglichen Eigenthums eine Gewaltausübung gegen Personen beschlossen und vor der Ausführung Beihülfe geleistet, oder bei der Vollbringung gegenwärtig gewesen sind, selbst dann, wenn sie auch die Tödtung einer Person gar nicht beabsichtigt, vielleicht ihre Theilnahme am Raube sogar von der Bedingung,

9) Diese Worte hat das Thüring. Gesetzbuch nicht.

daß die anzuwendende Gewalt nicht bis zu einer Tödtung ausschreiten dürfe, abhängig gemacht hatten.

Theilnehmer der letztern Art können sich auch nicht auf die Bestimmung in Artikel 35. beziehen, und geltend machen, daß die bei dem Raube eingetretene Tödtung einer Person in der gemeinschaftlichen Verabredung oder Übereinkunft gar nicht begriffen gewesen sei, da eben die singuläre Bestimmung in Art. 163. Nr. 1., welche augenscheinlich davon ausgehet, daß überhaupt eine, in räuberischer Absicht angewendete Gewalt leicht zu Tödtung einer Person führen und daher jede an einem Raube Theil nehmende Person einen solchen Ausgang voraussetzen könne, schon in der Verabredung zum Raube das Vorhandensein eines dolus indeterminatus für eine dabei vorkommende Tödtung erblickt.

Cfr. Dr. Weiß, Crimin. Ges.Buch f. d. Königr. Sachsen 2. Ausgabe zu Art. 33. S. 177."

Das Königliche OAGericht trat dieser Ansicht bei. Da jedoch betreffs Sackete's die Annahme, daß er mit Krausen zur Anwendung von Gewalt sich verbunden habe, nicht auf dem Geständnisse Sackete's, sondern auf den ermittelten Indicien beruhte, machte der Gerichtshof von dem ihm zustehenden Befugnisse Gebrauch und erkannte bei Sacketen statt der an sich verwirkten Todesstrafe auf lebenslängliche Zuchthausstrafe. Bei Krausen waren seine Geständnisse über die Tödtung der Magd entscheidend und führten zur Bestätigung des Todesurthels, welches auch vollstreckt wurde. Der auf die hier einschlagende Rechtsfrage bezügliche Theil der Entscheidungsgründe zu dem Erkenntnisse des OAGerichts lautet folgendermaßen:

„Die in voriger Instanz gegen Sackete erkannte Todesstrafe ist auf die Vorschrift des Art. 163. 1. des CrGB. gegründet worden, wonach die Todesstrafe den Räuber treffen soll, wenn Jemand bei dem Raube dabei getödtet oder lebensgefährlich verwundet worden ist.

Man hat in voriger Instanz die Gründe näher entwickelt, nach denen zur Anwendung dieser Vorschrift es nicht darauf ankomme, ob grade eine solche Gewalt beabsichtigt worden sei, bei welcher der Tod der Person, gegen welche die Gewalt verübt worden, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden müsse.

Der Ansicht der vorigen Instanz ist insoweit beizutreten und es kann dahin gestellt bleiben, ob bei mehreren Räubern die Todesstrafe auch von denjenigen verwirkt sei, welche ausdrücklich vorher ge-

gen die Anwendung jeder Gewalt sich verwahrt haben, welche einen Erfolg der in der Gesetzesstelle gedachten Art nach sich ziehen könnte, wenn dessen ungeachtet von den übrigen Complicen eine solche Gewalt angewendet wird.

Der Gesetzgeber hat den Raub in den Fällen des Art. 163. Abs. 1. mit dem Tode bedroht. Er hat die Strafe einfach davon abhängig gemacht, daß Jemand bei dem Raube getödtet rc. worden ist. Nimmt man den Fall an, daß der Besitzer der Sache in Folge der ihm zugefügten Gewalt den Tod gefunden hat, so ist eben der Tod eine unmittelbare Folge der verbrecherischen Handlung und daher von dem Urheber der letztern zu verantworten. Es ist der Tod, selbst wenn ihn der Räuber durchaus nicht beabsichtigt oder vorhergesehen haben sollte, kein zufälliges Ereigniß, sondern immer eine Wirkung der angewendeten Gewalt. Die Einwendung des Räubers, daß er den Tod nicht gewollt, daß er ihn nicht für wahrscheinlich oder möglich gehalten habe, ist unbeachtlich. Der Tod ist der Erfolg seiner Handlung. Vgl. noch Krug, in d. N. Jahrb. f. Sächs. Strafrecht Bd. VIII. S. 257. 266. Ohnedem wird der Räuber nur selten mit voller Sicherheit den Erfolg seiner Handlung, die Wirkung der Gewalt im Voraus mit Bestimmtheit ermessen und sich gleichsam eine Grenze setzen können, über welche hinaus die Gewalt nicht wirken solle. Selbst eine geringfügige Gewalt kann, unter Umständen, den Tod oder eine lebensgefährliche Krankheit des Angegriffnen herbeiführen.

Haben mehrere Personen zur Verübung eines Raubes sich vereinigt, so sind sie darüber einverstanden gewesen, daß zu der Aneignung der fremden Sachen Gewalt gegen die Person angewendet werde. Die Anwendung der Gewalt ist das Mittel, dessen sie sich zur Ausführung ihres Vorhabens bedienen. Es kommt bei der Zurechnung der Gewalt nicht grade darauf an, wer von den Complicen speciell sie verübt habe. Die Anwendung der Gewalt war eine Folge des gemeinschaftlichen, hierauf gerichteten Beschlusses und ist sonach von sämmtlichen Complicen zu vertreten. Das Verbrechen ist als ein Ganzes aufzufassen, dessen Hervorbringung durch die Gesammthätigkeit Aller bewirkt wurde. Wie die einzelnen Complicen sich hierbei betheiligten und wie die einzelnen Handlungen dabei vertheilt waren, ist gleichgültig. Es wird daher nicht bezweifelt, daß derjenige Complice, welcher Wache hält oder die Thüren verschließt, um die Hülfe dritter Personen abzuschneiden oder

die Gegenstände zusammenrafft, während der Besitzer von dem andern Complicen gebunden wird, der gleichen Theilnahme am Raube ebenso wie der letztre schuldig ist, obgleich er nicht selbst Hand an den Besitzer gelegt hat.

Ist in solchen Fällen die Gewalt, welche der Einzelne, in Folge der Verabredung, anwendete, von allen Theilnehmern mit zu verantworten, so ist von ihnen auch der Erfolg derselben ebenso als ob sie selbst sämmtlich die Gewalt verübt hätten, zu verantworten und ihnen zuzurechnen.

Es ist daher folgerecht, daß der Art. 163. Abs. 1. auf alle Theilnehmer am Raube, wenn Jemand dabei getödtet rc. worden ist, Anwendung leidet, auch wenn nur einer von ihnen die Gewalt verübt hat. Die übrigen Theilnehmer sind die gleichen Theilnehmer rücksichtlich der Gewaltanwendung und mithin auch an dem Erfolge derselben.

Diese Auffassung der gedachten Vorschrift steht im vollsten Einklange mit der Bestimmung des Art. 33., welche durchaus keinen Unterschied darin setzt, welche Handlung bei dem betreffenden Verbrechen von dem einzelnen Theilnehmer vorgenommen oder — wie man zu sagen pflegt — welche Rolle, welcher Theil der Thätigkeit ihm zugewiesen und von ihm übernommen worden ist.

Daß übrigens ein „Vorhersehen des Erfolgs" durchaus nicht zur Anwendung dieser Vorschrift nöthig ist, geht auch aus der Bestimmung in Art. 171. 1. hervor. Hier wird der Urheber einer Feuersbrunst mit dem Tode bedroht,

> „wenn durch das entstandene Feuer ein Mensch getödtet oder lebensgefährlich beschädigt worden ist, und dieser Erfolg unter den im vorliegenden Falle vorhandenen Umständen von dem Verbrecher vorausgesehen werden konnte."

Der Gesetzgeber hat hier den Eintritt der Todesstrafe davon abhängig gemacht, daß der Brandstifter den Tod oder die Beschädigung des Dritten voraussehen konnte. Er hat hier ausdrücklich eine Voraussetzung aufgestellt, welche ebenso füglich bei dem Verbrechen des Raubes aufgestellt werden können, wenn es nur eben der Gesetzgeber gewollt hätte.

Soviel den Fall anlangt, wenn einer der Complicen ausdrücklich jeder Gewaltanwendung widersprochen haben sollte, welche zu Nachtheilen dieser Art führen könnte, so kann, wie sich später ergeben wird, derselbe hier ganz auf sich beruhen. Nur im Allgemeinen will man die

obige Bemerkung hier wiederholen, daß wohl selten im Voraus die Art der Gewalt so bestimmt festgesetzt werden, daß sie keinen der fraglichen Erfolge, auch bei dem Zusammentreffen der ungünstigsten Umstände, nach sich ziehen könnte.

Es genügt daher zur Anwendung der fraglichen Vorschrift auf den vorliegenden Fall rücksichtlich Sackete's der Beweis, daß er bei einem Raube sich betheiligt habe, indem die Tödtung der Magd selbst als bewiesen nicht bezweifelt wird.

Sackete hat fortdauernd und mit einem gewissen Unwillen gegen die Beschuldigung sich vertheidigt, daß er an der Ermordung der Magd sich betheiligt habe. Er hat insbesondre den Angaben Krausens mit Entschiedenheit widersprochen und mehrmals sich darüber ausgesprochen, daß er sich aus Diebstählen und ähnlichen Verbrechen kein Gewissen mache, nicht aber zu schwereren Verbrechen sich hingeben werde, um zu beweisen, daß ihn der Gedanke fern gewesen sei, die Magd zu tödten.

Nach den obigen Ausführungen über den Sinn der Bestimmung des Art. 163. 1. ist nun die daselbst angedrohte Strafe für verwirkt zu achten, sobald gegen Sacketen der Beweis geliefert wird, daß er damit einverstanden gewesen sei, daß die Entwendung des Geldes, nöthigenfalls, mit Gewalt ausgeführt werde.

In diesem Falle kommt darauf nichts weiter an, ob Sackete selbst mit Hand angelegt hat, die Magd zu tödten, — ob er die Ermordung der letztern mit angesehen, — wann er dieselbe erfahren hat. Es wird der Beweis, daß er die Ermordung mit angesehen oder daß er dieselbe noch vor der Aneignung der Sache erfahren habe, dazu dienen, die Annahme zu bestätigen, daß er mit Anwendung von Gewalt gegen Personen einverstanden gewesen sei. Allein der Thatbestand des Verbrechens selbst, die Annahme der Mitschuld an der Gewalt gegen die Magd und die Zurechnung der Folgen dieser Gewalt sind unabhängig von diesem Beweise. Selbst wenn daher Sackete's neuere Anführungen in Wahrheit beruhen sollten und nur nach diesen seine Verschuldung zu bemessen wäre, würde von ihm die Strafe des Art. 163. Abs. 1. verwirkt sein, wenn der Beweis geliefert würde, daß Sackete mit der Anwendung von Gewalt einverstanden gewesen."

Druck und Verlag von Fr. Frommann in Jena.

// Blätter für Rechtspflege
in Thüringen und Anhalt

unter Mitwirkung der Herren

Dr. G. Emminghaus, Dr. Heerwart, Dr. Heimbach, Reinhold Schmid,
Gh. R.Rath in Weimar. Gh.JR. in Eisenach. OAGRath in Jena. KGAssessor in Weimar.

herausgegeben von

Dr. J. Chr. Hotzel,
OAGRath in Jena.

Zweiter Band.

1855. Preis des Jahrgangs 2 Thlr. 20 sgr. Nro. 7.

Inhalt. Vorwort des neuen Herausgebers. — I. Busch Über: negans non excipit jurejurando delato. — Schop Dürfen Gemeindemitglieder in Gemeindeprocessen ihr Zeugniß verweigern? — Heerwart Zur Lehre von den Condictionen. — II. Über die rechtlichen Folgen der Verweigerung des Schwurs. — Bericht über Entscheidungen des OAGerichts zu Jena.

Vorwort des neuen Herausgebers.

Der in No. 6. d. Bl. ersichtlichen Anzeige über die bei der Redaction derselben mit dem 1. Juli l. J. eingetretene Veränderung fügt der neue Herausgeber vor allen Dingen die Versicherung hinzu, daß die innere und äußere Einrichtung dieser Zeitschrift nach wie vor dieselbe bleiben, und das in dem Vorwort S. 2. Bd. 1. in seinen Grundzügen aufgestellte Programm auch fernerhin festgehalten werden wird.

Bei der Reichhaltigkeit des Stoffes, welchen diese Aufgabe darbietet, und bei der Beschränktheit des Raumes, auf welchem derselben genügt werden soll, muß, wie von selbst einleuchtet, auf möglichst sparsame Verwendung desselben Bedacht genommen werden. Eine weitere die Auswahl des Stoffes bedingende und somit auch beengende Rücksichtnahme ist durch den Umstand geboten, daß das geographische Gebiet, für welches diese Zeitschrift zunächst bestimmt ist, nicht weniger als 9 verschiedene Staaten umfaßt, deren particularrechtliche Gesetzgebung, was namentlich das Civilrecht betrifft, schon ihren historischen Bestandtheilen nach eine sehr verschiedenartige ist. Soll nun das Interesse des juristischen Publicums in diesen 9 verschiedenen Ländern an der vorliegenden Zeitschrift auf eine möglichst gleichmäßige Weise stets ange-

regt und forterhalten werden, so ist dazu erforderlich, daß das Mannichfaltige, was nach Inhalt der derselben gestellten Aufgabe geboten werden muß, jenes Interesse in den sämmtlichen Gebietstheilen, deren Rechtszustand darin behandelt wird, nach Möglichkeit befriedige, d. h. daß die aufzunehmenden Abhandlungen über practische Rechtsmaterien, die actenmäßigen Darstellungen merkwürdiger Civil- und Criminalrechtsfälle 2c. diesen Rechtszustand in sämmtlichen Gebietstheilen von Thüringen und Anhalt mit angemessener Abwechslung zur öffentlichen Besprechung bringen und wirklich wichtige Controversen des noch gültigen Rechts betreffen.

Um dieser Aufgabe genügen zu können, ist hauptsächlich Zweierlei zu wünschen, einmal, daß bei actenmäßigen Darstellungen von Rechtsfällen der Actenstoff auf das zum Verständniß der Sache und zur Beurtheilung der einzelnen Streitfrage unumgänglich Nöthige beschränkt und zu dem Ende von dem Verfasser gehörig gesichtet werde; sodann, daß aus allen Gebietstheilen, deren Particular-Recht zur öffentlichen Besprechung zu bringen Aufgabe der vorliegenden Zeitschrift sein soll, durch Einsendung von dergleichen Abhandlungen und Darstellungen die Redaction zu jener Auswahl und Abwechslung in den Stand gesetzt werde.

Der Unterzeichnete glaubt daher keine Fehlbitte zu thun, wenn er die Herrn Mitarbeiter ersucht, bei der Darstellung von Rechtsfällen, deren Veröffentlichung in diesen Blättern sie für zweckmäßig erachten, den vorstehend ausgesprochenen Wunsch thunlichst zu berücksichtigen und ihm auf diese Weise das Redactions-Geschäft wesentlich zu erleichtern; wenn er aber auch ferner seine Fach- und Berufsgenossen in Thüringen und Anhalt, welche seither ihre Theilnahme an der vorliegenden Zeitschrift noch nicht bethätigt haben, hiermit freundlich ersucht, durch Einsendung von Beiträgen, welche dem S. 2. Bd. 1. ersichtlichen Programm entsprechen, die Zwecke derselben von nun an desto eifriger zu unterstützen und der Redaction zu jener Abwechslung stets hinreichenden Stoff zu gewähren. Die Ausfüllung dieser bis jetzt fühlbar gewesenen Lücke wird dann von selbst zur Folge haben, daß sich auch der Kreis der Leser dieser Blätter in jenen Gebietstheilen erweitert und auf diese Weise das so wünschenswerthe Fortbestehen dieser Zeitschrift immer mehr gesichert werde.

Um übrigens die Correspondenz der Redaction mit den Mitarbeitern so viel als möglich zu vereinfachen, ist die Einrichtung für ange-

messen erachtet worden, am Schluß einer jeden Nr., so oft Veranlassung dazu gegeben ist, unter der Rubrik „Correspondenz“ den Eingang von Abhandlungen rc. unter Anführung der Anfangsbuchstaben des Einsenders und dessen Wohnorts, so wie der Überschrift derselben zu bescheinigen und dabei zu bemerken, ob sie sich zur Aufnahme in die Zeitschrift eignen oder nicht, in welchem letzteren Falle sie unter Couvert so weit als möglich auf buchhändlerischem Weg an die Herren Einsender zurück gelangen werden. Dieß schließt jedoch nicht aus, daß nicht die Redaction auch auf sonstige Weise mit den Herren Mitarbeitern über etwaige Desiderien, deren Beseitigung sie im Interesse der Zeitschrift wünschen muß, sich zu verständigen bemüht sein wird, wobei die S. 3. Bd. 1. bereits ausgesprochene Voraussetzung wiederholt werden muß, daß bei Veröffentlichung aus Acten stets die gebührende Discretion beobachtet werde und insbesondere niemals die Veröffentlichung eines Richterspruchs in dieser Zeitschrift erfolge, ehe und bevor die Bekanntmachung desselben an die betreffende Partei selbst in dem geordneten Proceßgang geschehen ist. Auf die vorbemerkte Weise wird der Unterzeichnete auch über die ihm von dem vorhinnigen Herrn Herausgeber zugekommenen noch nicht abgedruckten Manuscripte in der nächsten Nr. dieses Blatts Nachricht ertheilen und dadurch dem Schlußwort desselben S. 193 d. Bl. entsprechen.

Schließlich wird noch bemerkt, daß auf Beifügung eines Registers über die in der Zeitschrift bereits erschienenen und fernerhin erscheinenden Abhandlungen rc. Bedacht genommen werden soll, sobald das Bedürfniß dazu fühlbar geworden sein wird.

Dr. C. Hotzel.

Abhandlungen über practische Rechtsmaterien.

Über die controversenreiche Regel: *negans non excipit jure jurando delato.*

Vom Herrn Vicepräsident F. B. Busch zu Eisenach.

Diese von den Grundsätzen des gemeinen Processes abweichende Regel, die weder die Churf. Constitution von 1572, noch die A. Pr. Ordn. von 1622 kennen, gilt nicht in dem Eisenacher Kreise des Großherzogthums S. Weimar und ebensowenig im Fürstenthume Schwarzb.-Rudolstadt. Dagegen gilt sie

a) im Weimarischen Kreise (Proceßconstitution [1]) v. 1. Decbr. 1775 §. 8.) unter der Voraussetzung, daß der Beklagte den Eid angenommen hat,

b) im Neustädter Kreise des Großherzogthums (Erl. Pr. Ordn. ad Tit. XVI §. 3.) unter gleicher Voraussetzung.

Man muß daher für diese Landestheile die obige Regel so formuliren: N. n. e. jj. delato *et acceptato*. Denn hat der Beklagte den Eid über die Klage referirt, oder Gewissensvertretung gewählt, so bleiben seine Einreden unangetastet. Anders verhält es sich

c) im Fürstenthume Schwarzburg-Sondershausen, indem der §. 74. des Proceßgesetzes v. 20. Februar 1834 verordnet:

„Hinsichtlich derjenigen Thatsachen, über welche der Eid zulässigerweise angetragen worden ist, fallen die dagegen gerichteten factischen Einreden, Repliken oder Dupliken insofern weg, als sich der Delat auf diese Thatsachen verneinend oder mit Nichtwissen eingelassen hat."

§. 75. „Gesteht der Delat später, was er früher geleugnet oder in Nichtwissen gestellt hatte, so kann er zwar insoweit, als seine Einreden, Repliken oder Dupliken gegen die nunmehr eingeräumten thatsächlichen Behauptungen gerichtet waren, von diesen seinen Vertheidigungsmitteln noch Gebrauch machen, allein er muß zuvor beschwören, daß er zur Zeit, als er die nunmehr zurückgenom-

1) Dieser §. 8. lautet wörtlich wie die Erl. Pr.Ordnung, nur daß es in der Constitution, wo von dem Verluste der Einreden die Rede ist, heißt „völlig verlustig sein."

meine Antwort abgab, das Verhältniß der Sache nicht anders ge= kannt habe als es seine frühere Einlassung dargestellt hat."

Die Sondersh. Gesetzgebung weicht von denen unter a u. b da= rin ab, daß sie schon bei bloß angetragenem Eide, gleichviel ob er acceptirt oder referirt oder Gewissensvertretung gewählt wird, alle factische Einreden, Repliken ꝛc. für unzulässig erklärt; es kommt nach ihr auch nichts darauf an, ob es sich um ein factum proprium oder alienum des Delaten handelt; es erhellet zugleich aus §. 75., daß die Einreden, Repliken ꝛc. nur insoweit Wirkung äußern, als sie gegen die zugestandenen Forderungen gerichtet sind. Wenn also z. B. ein Kläger wegen verschiedener Darlehne von 1000, 500 und 50 Thlrn. klagt und sich über alle drei der Eidesdelation bedient, der Beklagte aber die beiden erstern leugnet und die Einrede der Compensation we= gen einer Gegenforderung von 2000 Thlr. vorschützt und beweiset, so hat diese nur Wirkung gegen das zugestandene Darlehn von 50 Thlrn. Auch die von

Heimbach im Lehrb. des S. bürg. Processes §. 31. S. 93. Not. 3. erörterte Frage: ob der Verlust der Einreden dann eintrete, wenn der über Beweisartikel angetragene und angenommene Eid nicht geleistet werde, kann im Fürstenthume S. Sondersh. nicht füglich entstehen, weil nach §. 71. des cit. Ges. der Eid unerläßlich in der Klage=, Ex= ceptions=, Replik= oder Duplikschrift deferirt werden muß.

Über alle diese Puncte ist in den S. Sondersh. Gerichten nie ein Zweifel aufgekommen. Desto streitiger erscheinen dagegen manche der hier einschlagenden Fragen nach den Proceßquellen unter a und b, näm= lich im Weimarischen und Neustädter Kreise, und ich gestatte mir daher mehrere derselben nach jenen Quellen hier näher ins Auge zu fassen.

1.

Findet der Verlust der Einreden auch dann statt, wenn der Eid nicht acceptirt, sondern referirt oder Gewissensvertretung gewählt wurde?

Diese Frage ist zu verneinen. S. Langenn und Kori, Er= ört. III. S. 89. Osterloh im Proceß. §. 232. Not. 11.

So hat auch das OAGericht zu Jena und das AGericht zu Eisenach entschieden. Heimbach a. a. O. A. M. ist jedoch *Biener* in opusc. T. II. qu. 71., der die Regel auch auf den Fall der Re= lation des Eides und sogar den der Gewissensvertretung, wenn diese

fehlgeschlagen ist, ausdehnt. Beides bestreitet wieder *Kind* qu. for. T. III. c. 16, er bezeugt aber zugleich, daß die von *Biener* vertheidigte Ansicht in den Sächsischen Gerichten longaevo usu recipirt sei. Allein die Kön. sächsischen Gerichte und auch das OAGericht zu Dresden beschränken unsere Regel neuerer Zeit bloß auf den acceptirten Eid — s. Langenn und Kori a. a. O. — und mit Recht; denn die Worte der Erl. Pr.Ordnung: „und nicht abzuschwören vermag", zeigen, daß nur von einem acceptirten Eide die Rede ist.

2.

Findet er statt, wenn es sich um facta aliena des Delaten handelt, auf die der Delat sich nur mit Nichtwissen einzulassen braucht?

Nein, wie sämmtliche ebengenannte Gerichtshöfe entschieden haben. vgl. Langenn und Kori a. a. O. Osterloh a. a. O. A. M. ist *Kind* a. a. O.

3.

Findet die Rechtsregel: negans non excipit etc. auch dann Anwendung, wenn der Eid über Einreden, Repliken ꝛc. deferirt ist?

Für Bejahung der Frage könnte man sich berufen auf die Gleichheit der Parteienrechte und den bekannten Grundsatz: „reus excipiendo fit actor", so wie auf den Grund der Verordnung, der ebenso gut auf den gewissenlos die Einreden ꝛc. leugnenden Kläger, als den die Klage leugnenden Beklagten paßt. Gleichwohl möchten die Gründe für die verneinende Ansicht das Übergewicht behaupten, und in der That finde ich die Ausdehnung der Regel auf Einreden, Repliken bei keinem Rechtslehrer. Sie weicht nämlich vom gemeinen Proceßrechte, welches sie nicht kennt, ab und muß als abänderndes Pönalgesetz, wie Langenn und Kori S. 85. u. Osterloh a. a. O. richtig bemerken, strict interpretirt, nicht aber darf sie auf Fälle extendirt werden, die in den Gesetzen, wenn man ihren klaren Wortverstand ins Auge faßt, nicht enthalten sind, und von denen es sehr zweifelhaft ist, ob sie der Gesetzgeber durch die fragliche Bestimmung mit habe treffen wollen. Historische Momente sprechen sogar dagegen; denn es war zur Zeit des Erlasses der unter a u. b erwähnten Gesetze gar nicht üblich, sich auf die Einreden, Repliken ꝛc. speciell einzulassen, ja es konnte über Repliken noch im Beweise die Eidesdelation gebraucht werden.

Erl. Pr.Ordn. ad Tit. XVIII. §. 2.

4.

Wie ist es, wenn in der Klageschrift mehrere selbständige

Ansprüche verfolgt werden, und über jeden der Eid deferirt, dieser aber bezüglich einiger acceptirt, bezüglich anderer referirt ist?

Dieses ist ebenso zu beurtheilen, als wenn jeder der Ansprüche mit einer besondern Klage verfolgt worden wäre. Daher äußern die peremtorischen Einreden gegen die einzelnen ins Leugnen gestellten Klageansprüche keine Wirkung, sondern nur gegen die zugestandenen Forderungen, bezüglich die, über welche der Eid zurückgeschoben ist. S. das Beispiel oben unter c. — Heimbach a. a. O.

Gesetzten Falles aber: es ist über eine und dieselbe Forderung, d. h. über die sie begründenden Thatsachen zum Theil der Eid deferirt, zum Theil aber sind andere Beweismittel gewählt. Z. E. Es kann der Kläger durch Zeugen erweisen, daß er dem Beklagten an einem bestimmten Tage 300 Thlr. ausgezahlt habe, aber jene wissen nicht, ob dieses ein Darlehn gewesen, und hierüber wird nun der Schiedeseid gebraucht. Oder, um auf eine dingliche Klage zu kommen, es stellt Einer die rei vindicatio an, beweiset seinen Erwerbstitel durch eine Kaufurkunde oder Zeugen, und trägt dem verklagten dritten Besitzer darüber den Eid an, daß er, Kläger, die erkaufte Sache von seinem Verkäufer in des Verklagten Gegenwart übergeben erhalten habe.

Hierüber sagt Heimbach a. a. O. Folgendes:

„Wenn der angenommene Eid nur über die eine oder andere Thatsache, welche zur Begründung des Klageanspruches angeführt ist, verweigert wird, so kann der Verlust der Einreden nicht eintreten, weil offenbar die Gesetzgebung den Fall vor Augen hat, wenn über den ganzen Klagegrund der Eid angetragen ist, das partielle Ableugnen aber die erwähnte Folge deßhalb nicht haben kann, weil es dem Richter an jedem Anhalt darüber in der Gesetzgebung fehlt, bei Ableugnung welcher Thatsachen und Eidesverweigerung darüber der Verlust der Einreden stattfinden solle."

Ich kann dieser Ansicht nicht beipflichten und muß mich um so mehr näher über die vorliegende Frage aussprechen, da sie so oft vorkommt und Osterloh a. a. O. mit Recht bemerkt, daß sie im einzelnen Falle oft sehr schwer zu lösen sei. Vorausschicken will ich nur noch die Bemerkung, daß sich der Fall gleichsteht, ob ein Theil der Klage zugestanden ist, oder ob andere Beweismittel, als der Schiedeseid, über denselben gebraucht werden sollen, wenn nur ein zum Klagegrunde ebenfalls mit gehöriger Bestandtheil geleugnet und der Eid darüber acceptirt ist. In den Beispielen, die ich unten geben werde,

wird, auch wo es nicht bemerkt ist, der Gebrauch des Schiedeseides und dessen Acceptation stets vorausgesetzt.

Zunächst darf wohl bestritten werden, daß die Weimarsche Constitution und die Erl. Proceßordnung von der Ansicht ausgingen, daß der Eid über den ganzen Klagegrund angetragen sei; denn sie sprechen nur von denjenigen Puncten, darüber (ihm, dem Beklagten) der Eid deferirt ist, ohne auch nur mit einer Sylbe darauf hinzudeuten, daß sie das Ableugnen des ganzen Klagegrundes voraussetzen. Andererseits erklären beide Gesetze den Verklagten keineswegs aller Einreden, die er gegen die ganze Klage hatte, verlustig, sondern nur derer, welche er gegen die abgeleugneten Puncte, — „Dießfalls" — vorzuschützen berechtiget gewesen sein würde, und gewiß mit Consequenz; denn die Strafe darf nicht über die Grenze des Abgeleugneten selbst hinausgehen. Dabei muß aber freilich vorausgesetzt werden, daß die abgeleugneten sowohl, als die eingeräumten Puncte, und zwar jede für sich, eine selbständige rechtliche Folge äußern, gegen welche wieder selbständige Einreden denkbar sind; denn ist dieses nicht der Fall, bilden erst mehrere Thatsachen zusammen ein Ganzes, so ist, wenn auch nur ein Theil der das Ganze bedingenden Thatsachen geleugnet wird, das Ganze geleugnet; mit andern Worten: Was vom Ganzen gilt, muß auch von einzelnen Theilen desselben gelten, wenn deren Dasein oder Nichtdasein das Sein oder Nichtsein des Ganzen bedingt. Der dolus bleibt ja auch derselbe, ob Jemand den ganzen Klagegrund oder nur einen Theil desselben wider besseres Wissen leugnet. Daß dieses auch den Sinn der angeführten Proceßgesetze sei und sein müsse, geht schon daraus hervor, daß sich gegen einzelne Bestandtheile eines Klagegrundes, da sie etwas Selbständiges nicht sind, Einreden überhaupt nicht denken lassen, und der Gesetzgeber, was man nicht annehmen darf, etwas rechtlich Unmögliches angeordnet haben würde. Alles reducirt sich mithin darauf, daß der Richter genau zu prüfen hat, ob gegen einen besondern, für sich eine rechtliche Folge hervorbringenden Theil der Klage besondere Einreden vorgeschützt sind. Diese, aber auch nur diese gehen verloren, wenn jener Theil geleugnet und der Eid acceptirt ist, während die andern gegen eingeräumte Theile der Klage vorgeschützten Einreden bestehen, vorausgesetzt nur, daß jene eingeräumten Theile eine selbständige rechtliche Wirkung äußern. Ist dieses nicht der Fall, so fallen die Einreden weg, wenn auch nur eine

einzelne zum Thatbestande des Klagegrundes gehörige Thatsache geleugnet und der Eid darüber deferirt sein sollte.

Den Begriff „Klagegrund" muß man aber hier im engern und eigentlichen Sinne nehmen, und darf ihn insbesondere nicht auf die Activ= und Passivlegitimation zur Sache ausdehnen, weil diese (obgleich sie Martin mit „fundamentum agendi intermedium" bezeichnet) zum wahren Klagegrunde nicht gehört. Für diese Beschränkung spricht schon, daß die angeführten Bestimmungen Ausnahmegesetze sind, welche die Rechtsvertheidigung des Beklagten beschränken und noch überdieß einen empfindlichen Nachtheil derselben androhen. Sie erklären aber auch ferner den Beklagten ausdrücklich nur derjenigen Einreden verlustig, die ihm dießfalls, m. a. W. gegen die abgeleugneten, zu Eid gestellten Thatsachen zustehen. Es würde sich sonach schon von selbst der Schluß: „weil der Delat der ihm gegen die abgeleugneten Klagepuncte zustehenden Einreden für verlustig erklärt wird, so verliert er auch die ihm gegen die eingeräumten Klagetheile zustehenden Einreden," als ganz verfehlt darstellen.

Aber auch dann müssen dem Delaten seine Einreden bleiben, wenn er den Klagegrund zugestanden, und nur unwesentliche Theile der Klage geleugnet hat, vorausgesetzt, daß seine Einreden nicht gegen diese Theile selbst gerichtet sind; denn sonst fallen sie auch weg. Folgende Beispiele mögen dieses erläutern: a) Wenn der Verkäufer eines Pferdes den Käufer auf 50 Louisdor Kaufgeld belangt, und dieser bloß leugnet, daß sich das Kaufgeld so hoch belaufen habe, indem es bloß 40 Louisdor betragen hätte, so gehen ihm seine Einreden, z. B. die der Zahlung, Compensation, Wiederauflösung des Kaufes, nicht verloren; denn den Grund der Klage hat er eingeräumt. Hätte er aber neben seinem Leugnen der Größe des Kaufgeldes die Einrede vorgeschützt, daß ihm nach Abschluß des Kaufes vom Verkäufer 10 Louisdor erlassen worden seien, so ist er dieser Einrede verlustig; denn sie corresponditet mit der geleugneten Thatsache, ist gegen diese gerichtet. b) Wenn bei einer Darlehnsklage das Darlehn zugestanden, die Kündigung aber geleugnet und der darüber zugeschobene Eid acceptirt wird, so bleiben dem Beklagten alle Einreden gegen die Verbindlichkeit aus dem Darlehne, die der Zahlung ꝛc., wohl aber ist er aller Einreden, die gegen die Kündigung gerichtet sind, z. B. daß der Gläubiger auf sein Ersuchen ihm versprochen habe, ihm das Darlehn noch einige Jahre zu lassen, verlustig. c) Eben so verhält es sich, wenn das Verspre=

chen der Verzinsung des Darlehns geleugnet und der darüber deferirte Eid acceptirt wird. Hier gehen die gegen jenes gerichteten Einreden der Zahlung ꝛc. nicht verloren, wohl aber die Einreden gegen die Zinsverbindlichkeit, insbesondere auch die Einrede, daß die Zinsen bezahlt worden seien. —

Wird die Activlegitimation zur Sache, z. B. Übergang durch Erbschaft, geleugnet; so bleiben die peremtorischen Einreden gegen die Forderung selbst in salvo; denn die Legitimation gehört nicht zum Klagegrunde, die Einreden sind nicht dießfalls vorgeschützt. Ebenso ist es, wenn der vom Cessionar belangte debitor cessus die Cession, bezüglich die Benachrichtigung über dieselbe leugnet; im umgekehrten Falle, wenn die Forderung geleugnet und der Eid darüber acceptirt worden wäre, müßten sie wegfallen. Wird endlich die actio hypothecaria gegen den dritten Besitzer angestellt und dieser räumt den Grund derselben ein, leugnet aber den Besitz, indem er den ihm darüber angetragenen Eid acceptiret, so gehen ihm seine peremtorischen Einreden, z. B. daß die Forderung bezahlt und das Pfandrecht erloschen sei, nicht verloren; wohl aber im umgekehrten Falle.

5.

Ganz nach den Grundsätzen unter 4 muß auch der von Heimbach a. a. O. erwähnte Fall beantwortet werden: wenn der über Beweisartikel deferirte und angenommene Eid nicht abgeschworen werden kann, d. h. die vorgeschützten und bewiesenen Einreden können gegenüber den nun für zugestanden zu achtenden Thatsachen keine Wirkung äußern.

6.

Wie nun aber, wenn in einer Klage viele verschiedene selbständige Forderungen, z. B. Käufe, Darlehne cumulirt sind, über deren Dasein der Eid theils acceptirt, theils referirt ist, der Beklagte aber die Einrede der Zahlung vorgeschützt hat, ohne zu sagen, welche Forderungen getilgt seien und der Kläger einige der Zahlungsposten eingeräumt hat? Auf welche Klageforderungen sind diese nun abzurechnen?

Hier könnte es scheinen, als ob die hierüber bestehenden römisch rechtlichen Bestimmungen. (vgl. Seuffert P. R. ed. 1852. §. 284.) zur Anwendung kommen müßten; allein das ist nicht der Fall; vielmehr muß die Frage aus dem processualen Gesichtspuncte und folglich nach der Regel: Negans non excipit, dahin entschieden werden, daß die Einrede der Zahlung, mag sie geleugnet oder zugestanden sein, gegen ei-

nen abgeleugneten Klageposten, den der Beklagte geleugnet und über welchen er den Schiedeseid zu schwören hat, gar nicht in Betracht kommt, als nicht vorgeschützt zu betrachten ist.

7.

Ist ferner unsere Rechtsregel auch bei dem eventuellen Eidesantrage anwendbar, den das S. Weim. Ges. v. 5. Juni 1849 uneingeschränkt zuläßt?

Diese Frage ist auch zweifelhaft; ich glaube aber, man muß sie bejahen; denn, wenn der Beweis der Klage durch andere Beweismittel vergeblich versucht worden ist, so tritt die Sache wieder in dasselbe Stadium zurück, als wenn der Beweis gleich Anfangs nur durch den Eid angetreten wäre; es muß also auf Ableistung des Eides erkannt werden und hat diesen der Beklagte angenommen, kann ihn aber nicht schwören, so wird er seiner, immerhin bewiesenen Einreden verlustig, weil über den Einredebeweis nicht eher erkannt werden darf, als bis fest steht, daß der Beweis erbracht ist; actore non probante reus absolvitur. Es liegt auch gar kein Grund vor, ihn mit der Strafe des böslichen Leugnens zu verschonen; denn warum leugnete er das, was er nicht leugnen konnte, während ihm Einreden zur Seite standen, die die Klage vernichteten?

8.

Heimbach a. a. O. sagt ferner: Auf den Fall der Verweigerung des zur Strafe Ungehorsams für angenommen geachteten Eides ist die Regel: „negans non excipit“ nicht zu erstrecken. Hiermit kann ich mich ebenfalls nicht einverstanden erklären; denn da nach den bestehenden Gesetzen der Eid für angenommen erachtet wird, wenn der Delat sich über den Antrag nicht erklärt, so liegt in seinem Schweigen die Erklärung, daß er ihn schwören wolle. Ob diese aber ausdrücklich, oder stillschweigend abgegeben wird, darauf kann um so weniger etwas aufkommen, da der Schwerpunct nicht auf der ausdrücklichen Annahme des Eides, sondern auf dem Ableugnen der Puncte, über welche er deferirt ist, liegt und sonst die gesetzliche Bestimmung „negans non excipit“ geradezu illusorisch würde. Die Gründe, welche Kori und Langenn S. 87. u. 88. hiergegen anführen, schlagen nicht durch, da bei einem Schweigen des Delaten über die Acceptation eine culpa nicht zu vermuthen, sondern vielmehr anzunehmen ist, daß er den Eid stillschweigend habe acceptiren wollen. Ob der Anwalt ein Versehen gemacht hat, darauf kommt nichts an; die Partei muß dafür

büßen oder Restitution suchen; denn er ist das Organ, durch welches sie handelt. Daß für den Fall des Ausschlusses des Beklagten mit seinen Einreden diejenigen nicht verloren gehen, welche durch besondere Klage verfolgt werden können, behauptet Heimbach a. a. O., während *Biener* l. c. T. II. p. 295. das Gegentheil vertheidigt. Aus dem Worte: „dießfalls", wie *Biener* meint, folgt dieses gewiß nicht; denn es hat einen andern Sinn. Ohne Zweifel ist indessen die Frage nicht, zumal da die Constitution v. 1. Decbr. 1775 von einem „völlig verlustig sein" spricht; doch verdient wohl die Ansicht Heimbachs den Vorzug, da aus dem Verluste einer Einrede nicht auch auf den Verlust des aus dem ihr zu Grunde liegenden factum entspringenden, eine besondere Klage gewährenden Rechts zu schließen ist.

Schließlich bitte ich, meine abweichenden Ansichten als ganz unmaßgebliche zu betrachten, und bemerke nur noch, daß der Grundsatz: Negans non excipit, zumal in dem weiten Umfange, den ihm das Sondersh. Proc. Gesetz beilegt, die Entscheidung der Sache gar oft erleichtert und auch ein Damm gegen frivoles Leugnen ist, daß er aber auf der andern Seite das Vertheidigungsrecht des Verklagten auf ungeeignete Weise beschränkt, und daher keineswegs beibehalten zu werden verdient. Wo und so lange er aber Geltung hat, erfordert er die höchste Beachtung von Seiten der Rechtsanwälte, und diese würden ihren Constituenten sehr im Lichte stehen, wenn sie die Klage, bezüglich Klagen, über welche der Eid deferirt ist, ableugnen und den Eid acceptiren wollten, obgleich der Klagegrund bestanden hat und die Forderung getilgt ist. Solche Fälle kommen leider nicht so selten vor, indem man aus der Einredeschrift und der ganzen Sachlage gar oft ersieht, daß die Klage hätte eingeräumt und eine peremtorische Einrede vorgeschützt werden sollen. Kommt es nun zum Schwörungstermine, so kann entweder der Beklagte nicht schwören und wird, da er seiner Einreden verlustig ist[1]), verurtheilt, oder er schwört wider besseres Wissen, und kommt wegen Meineides in Untersuchung, wo die Verurtheilung meistentheils nicht ausbleibt. In beiden Fällen rächt sich die wider besseres Wissen, bezüglich leichtfertig erfolgte Ableugnung

1) Was Langenn und Kori S. 87. sagen, bezieht sich nur auf Thatsachen, die für den Schwörenden fremde sind. Handelt es sich aber um ein factum proprium oder commune des Schwörenden, so verliert er seine Einreden, auch wenn er die Ableistung des Eides bloß aus Gewissenhaftigkeit unterläßt und ihn mit gutem Gewissen schwören könnte.

der Klage bitter, und die Sache geht, wie der selige Biener sich bisweilen scherzweise auszudrücken pflegte, ordinairement Lätsch! d. h. sie nimmt ein schlechtes Ende.

Dürfen Gemeindemitglieder in Gemeindeprocessen ihr Zeugniß verweigern?

Vom Herrn Geheimenrath Schop in Sondershausen.

Die Gemeinde in Schernberg — ein Fürstl. Schwarzburg-Sondershausensches Dorf — hat das Recht, ihre Flur von den Schafen ihrer Angehörigen durch ihre eigenen Hirten beweiden zu lassen. Sie theilt dasselbe mit der dortigen Domäne. Bis zum Jahre 1837 wurden die Gemeindeschafe in drei, von der angegebenen Zeit ab aber in vier Haufen ausgetrieben. Die Fürstl. Kammer in Sondershausen, welche damals das Fürstl. Hausvermögen zu verwalten hatte, fand in dieser Vermehrung einen Verstoß gegen das Gesetz vom 21. März 1829. Nach demselben soll nämlich „keine Gemeinde, welcher Schäfereigerechtigkeit zukömmt, die Schafe in mehreren Haufen austreiben und weiden lassen, als wozu sie nach Verträgen, Privilegien oder Herkommen ein Recht hat." Jene Behörde erhob deßhalb bei dem vormaligen Fürstl. Justizamte Schernberg-Ebeleben Klage auf Einziehung des vierten Schafhaufens. Zugleich trat sie Beweis zum ewigen Gedächtniß an. In demselben denominirte sie zwei Mitglieder der verklagten Gemeinde als Zeugen. Sie weigerten sich, sich vernehmen zu lassen, und stützten sich dabei hauptsächlich auf die §§. 91. und 92. des Gesetzes vom 20. Februar 1834. Nach diesen §§. können diejenigen, „welche vom Ausgange des vorliegenden Processes einen unmittelbaren sicheren Vortheil oder Schaden zu erwarten haben," sich weigern, Zeugniß zu erstatten. Die Juristenfacultät in Halle, welche das erste Erkenntniß fällte, verwarf jedoch die erwähnte Weigerung. Sie führte dafür folgende Gründe an:

„Allerdings gehört die Frage, ob und in wieweit in Rechtsstreitigkeiten einer Gemeinde deren einzelne Mitglieder Zeugniß abzulegen schuldig seien, zu den bestrittensten des Proceßrechts, welche auch durch das vorerwähnte Proceßgesetz keineswegs schlechthin beseitigt worden ist. Einige Rechtslehrer nämlich sind der Meinung, daß jene Gemeindeglie-

der jederzeit und selbst dann für untüchtige Zeugen erachtet werden müßten, wenn der Ausgang des Rechtsstreits in keiner Hinsicht zu ihrem Vortheile oder Nachtheile gereiche und eine Verminderung oder Vermehrung ihres privativen Einkommens, je nachdem ein der Gemeinheit günstiges oder ungünstiges Urtheil erfolge, durchaus nicht zu erwarten stehe, indem nicht bloß der durch die corporativen Verhältnisse begründete Gemeinsinn ein Interesse der Gemeindemitglieder an dem Resultate des Rechtsstreits bedinge, sondern auch der aus dessen glücklicher Beendigung für die Gemeinheit erwachsende Vortheil allen Mitgliedern dadurch zu Gute komme, daß bei größerem Gehalte des Gemeindevermögens theils manche zum allgemeinen Besten gereichende Einrichtungen leichter getroffen werden können, theils auch die durch Beiträge der Gemeindemitglieder aufzubringenden Gemeindeunkosten nothwendig vermindert werden.

Leyser, meditationes ad Pandectas. Spec. 283. med. 10.

Hagemanns practische Erörterungen. Bd. 6. No. 64. S. 271. fg.

Andere Schriftsteller hingegen sind der Ansicht, daß aus den angeführten Gründen das Zeugniß von Gemeindemitgliedern zwar immer verdächtig sei und der von einzelnen Juristen, wie von

Strube, rechtliche Bedenken Th. I. Nr. 2. (Th. III. S. 354 die Ausgabe von Spangenberg)

aufgestellten Behauptung, es seien die Gemeindemitglieder zu den ganz tüchtigen Zeugen zu rechnen, keinenfalls beigepflichtet werden könne, daß indessen eine absolute Verwerflichkeit solcher Zeugen, in Folge deren nicht einmal ihre Vernehmung Statt finden dürfe, dann allein eintrete, wenn ein unmittelbarer wirklicher Nachtheil oder Vortheil aus dem glücklichen oder unglücklichen Ausgange des Processes für die einzelnen Mitglieder der Gemeinheit erwiesenermaßen oder wenigstens höchst wahrscheinlicher Weise entstehe, oder doch im Fall eines unglücklichen Ausgangs eine Regreßnahme an die einzelnen Mitglieder begründet werde. Diese letzte Ansicht dürfte aber nicht bloß als die in der Praxis vorzugsweise geltende anzuerkennen sein, da sich bei weitem die Mehrzahl älterer sowohl als neuerer Schriftsteller dafür erklärt hat,

Huberi praelectiones juris civilis. Lib. XXII. tit. 5. §. 7.

Berger, oeconomia juris. Lib. IV. tit. 24. §. 3. Not. 5.

Claproth, Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceß. §. 165.

Glück, Erläuterung der Pandecten. Th. XXII. §. 160.

Schneider, vom rechtlichen Beweise. §. 141.

Reinhardt, Handbuch des gem. deutschen Processes. Th. I. §. 165.

sondern sie läßt sich auch aus allgemeinen Gründen und mit Berücksichtigung der einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen vollkommen begründen. Denn abgesehen davon, daß die juristische Persönlichkeit der Gemeinde nach

l. 7. §. 1. D. quod cujusc. univ. nom. III. 4.

von der der einzelnen Mitglieder wesentlich verschieden ist, muß der Besorgniß, daß schon aus bloßem Corporationssinne und ohne Rücksicht auf besonderen privativen Vortheil ein Gemeindemitglied der Wahrheit zuwider deponiren dürfte, entgegengesetzt werden, daß gerade bei denjenigen Individuen, in welchen ein solches höheres Interesse wirksam ist, auch die Scheu vor einem Meineide mit um so größerer Sicherheit anzunehmen steht. Zugleich möchte gerade in den meisten Fällen über die besonderen Angelegenheiten und Rechtsverhältnisse einer Gemeinheit, soweit diese nicht auf Urkunden beruhen, nicht leicht anders, als durch Gemeindeglieder, sicherer Aufschluß zu gewinnen sein, und da in andern Beziehungen, wie in Familienangelegenheiten, für den Fall, daß durch andere Zeugen nicht leicht ein Beweis zu erbringen ist, auf Grund von

l. 7. D. de test. XXII. 4.

c. 3. X. qui matrim. accus. poss. IV. 18.

die Zulässigkeit solcher Personen, welche sonst zu den ganz untüchtigen Zeugen gehören, allgemein anerkannt ist,

Martin, Lehrbuch des gem. bürgerl. Processes. §. 193. Note k. der 11. Ausgabe.

so kann auch eine absolute Verwerflichkeit der Gezeugnisse der Gemeindeglieder nicht behauptet werden. Außerdem ist die Bestimmung des canonischen Rechts in

c. 6. u. 12. X. de test. II. 20.

da sie eine besondere Begünstigung des geistlichen Standes enthält,

vgl. Heffter, Institutionen des Civilprocesses. S. 205.

zwar nicht als unbedingt maßgebend und als gesetzliche Anerkennung der Zeugnißfähigkeit der Gemeindemitglieder zu betrachten; es liefert aber doch immer einen Beweis dafür, daß man den Ausschluß der einer Corporation angehörigen Individuen von Zeugnissen in Angelegenheiten der Corporation nicht für eine unbedingte, durch die Natur der Sache unabweisbar erforderliche Regel anzusehn hat. Endlich können auch die

l. 10. D. und l. 10. C. de test. XXII. 5 — IV. 21.

worin Jeder in causa sua oder propria als testis plane inhabilis bezeich-

net wird, zur affirmativen Entscheidung der betreffenden Frage, obschon dadurch, daß jedes Mitglied einer Gemeinde in Folge der corporativen Verhältnisse an deren Angelegenheiten überhaupt und ins Besondere an ihrem Wohlstande Interesse nehmen muß und entfernter Weise bei dem Ausgange eines jeden, die Gemeinde betreffenden Rechtsstreits betheiligt ist, die Unfähigkeit desselben zum Zeugnisse gerechtfertigt werde, darum nicht dienen, weil nach

l. 1. §. 11. D. quando appell. sit. XLIX. 4.

nur diejenige Rechtssache als eine causa propria zu betrachten ist, aus welcher jemand für seine eigene Person Schaden oder Vortheil hat, („cujus emolumentum vel damnum ad aliquem *suo nomine* pertinet“); vielmehr dürften die bezeichneten Gesetze gerade zur Bestätigung der Annahme dienen, daß Gemeindeglieder nur dann, wenn sie von dem Ausgange des Gemeindeprocesses unmittelbaren Vortheil für ihre privativen Rechtsverhältnisse zu erwarten haben, für testes inhabiles gehalten werden dürfen.

Kommt es diesem allem nach, um über die Verwerflichkeit oder bloße Verdächtigkeit der als Zeugen denominirten Gemeindemitglieder zu einem sichern Urtheile zu gelangen, auf eine nähere Würdigung aller obwaltenden Verhältnisse an, so leuchtet im Zusammenhalte mit den voraufgeschickten Rechtssätzen ein, daß zu einer sofortigen und gänzlichen Entbindung der im vorliegenden Falle ihr Zeugniß ablehnenden Gemeindemitglieder von einer Ablehnung desselben überall nicht die Rede sein kann.“

Sie wendeten jedoch gegen diese Entscheidung Appellation ein. Hierauf erkannte die Juristenfacultät zu Göttingen, daß die Appellanten zur Ablegung des von ihnen verlangten Zeugnisses zur Zeit nicht schuldig seien. Sie machte den Ausgang der Sache davon abhängig, ob sie bescheinigen würden, „daß sie gegenwärtig die Flur der Gemeinde Schernberg mit ihren Schafen behüten oder wenigstens zu dieser Behütung befugt sind.“ In den Gründen führte sie Folgendes aus: „Die Frage, ob und in welchem Maße die einzelnen Mitglieder einer Gemeinde bei dem Ausgange eines Gemeindeprocesses betheiligt sind, läßt sich im Allgemeinen überall nicht genügend beantworten; es kommt dabei vielmehr lediglich auf die Beschaffenheit des Gegenstandes des Rechtsstreits an. Auch in dieser wie in so mancher anderen Beziehung ist nämlich ein Unterschied zu machen zwischen den rebus *universitatis* und den rebus *singulorum*. Zu jenen gehören nämlich

alle Rechte, welche von der Gemeinde als moralischer Person lediglich zu deren Besten und zur Erreichung ihres eigenthümlichen Zwecks ausgeübt werden, zu diesen dagegen diejenigen Rechte, welche zwar ihren Grund in dem Gemeindeverbande haben, jedoch von den einzelnen Mitgliedern, gleichsam als von der Corporation verschiedenen physischen Personen, und ausschließlich zu ihrem Privatvortheile, ausgeübt werden.

Haubold, opuscula academica. Vol. II. p. 550 seq.

Bei allen Processen, welche ein jus *universitatis* betreffen, sind diesemnach die einzelnen Mitglieder der Gemeinde allerdings nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar interessirt. Anders verhält es sich jedoch rücksichtlich derjenigen Processe, die ein jus *singulorum* zum Gegenstande haben, als welches sich schon aus dem oben aufgestellten Begriffe desselben ergiebt.

Zu den Rechten der letztern Art sind nun überhaupt alle und jede den einzelnen Gemeindegliedern an den Gütern der Corporation zustehende Nutzungsrechte,

Haubold l. c. p. 559.

Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. §. 372.

ins Besondere auch deren Befugniß, die in der Feldmark der Gemeinde liegenden Grundstücke mit ihrem Vieh zu behüten, zu rechnen,

Haubold l. c. p. 560.

indem die Ausübung dieser Befugniß überall nicht zum Nutzen der Gemeinde als moralischer Person, sondern bloß und allein zum Vortheile derjenigen Gemeindeglieder, welche an dieser Hütungsbefugniß Theil haben, gereicht. Sämmtliche Gemeindeglieder, welche sich in diesem Falle befinden, sind daher bei dem Ausgange aller, das Behütungsrecht, in welcher Beziehung es auch sein mag, betreffender Processe unmittelbar und sicher — wie das eben angeführte Proceßgesetz sich ausdrückt — interessirt, ja es ist sogar ein solcher Rechtsstreit als ihre eigne Sache zu betrachten,

l. 1. §. 11. D. quando appell. sit. 49. 4. . . . . palam est, eam esse propriam causam, cujus emolumentum vel damnum ad aliquem *suo nomine* pertinet.

und sie sind daher nach diesem Gesetze in demselben ein Zeugniß abzulegen keineswegs verpflichtet.

Hiergegen kann auch der Einwand der Appellatin, daß die Appellanten ihr Zeugniß schon um deßwillen nicht ablehnen dürften, weil in

16

der vorliegenden Sache nur Gemeindeglieder den nöthigen Aufschluß zu ertheilen vermöchten, nicht in Betracht kommen: denn 1) ist dieser Einwand *in facto* ungegründet, da eben sowohl auch andere Personen, insbesondere die gegenwärtigen oder vormaligen Hirten der Gemeinde, ja diese noch weit sicherere Auskunft über die in den Beweisartikeln enthaltenen Thatsachen zu ertheilen im Stande sind, als die Mitglieder der Gemeinde. Sodann ist aber auch 2) jener Einwand rechtlich unhaltbar, indem eines Theils der Grundsatz, daß an sich unfähige Zeugen in solchen Fällen, wo es an anderen Beweismitteln fehle, zuzulassen seien, in seiner Allgemeinheit sich nicht rechtfertigen läßt,

Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses §. 260. I. und Note 3.

Gensler's Commentar über Martin's Civilproceßlehrbuch, herausgegeben von Morstadt. Bd. I. 352. ff.

andern Theils aber auch nach der Natur der Sache aus der Zulässigkeit eines Zeugen noch keineswegs dessen Verbindlichkeit, wider seinen Willen Zeugniß abzulegen, gefolgert werden darf, zumal in einer Sache, wo, wie hier, die der Wahrheit entsprechende Aussage des Zeugen demselben zum eignen Nachtheile gereichen kann; in welchem Falle ein Zwang zur Ablegung des Zeugnisses stets unstatthaft ist.

v. Bülow und Hagemann, practische Erörterungen. Bd. 4. Er. 45. S. 241.

Der bisherigen Ausführung zufolge hängt also die Entscheidung der Frage, ob die Appellanten zur Verweigerung ihres Zeugnisses berechtigt sind, lediglich von dem Umstande ab, ob dieselben an der fraglichen Weidegerechtigkeit Theil haben oder nicht."

Nachdem ausgeführt worden war, daß und warum dieser Umstand noch als ungewiß zu behandeln sei, wird hieraus die Nothwendigkeit und der Inhalt der auferlegten Bescheinigung mit der Bemerkung gerechtfertigt: „Zwar könnte es scheinen, als ob diese Bescheinigung bloß auf die Berechtigung zur Behütung zu beschränken gewesen sei. Da indessen die Appellanten, selbst wenn sie sich dermalen bloß im Besitze der gedachten Weidegerechtigkeit befänden, demungeachtet bei dem Ausgange des Processes unmittelbar betheiligt sein würden, so hat das Bescheinigungsthema, wie geschehen, gefaßt werden müssen."

In der Läuterungsinstanz erstritt Fürstl. Kammer eine Wiederherstellung des ersten Urtheils. Die Juristenfacultät in Heidelberg bediente sich dafür nachstehender Gründe:

„Bei der Entscheidung der eingelegten Läuterung kömmt es lediglich auf die Beantwortung der Rechtsfragen an: 1) ob Gemeindeglieder überhaupt in Processen ihrer Gemeinde Zeugniß abzulegen schuldig sind, und 2) ob diese Verbindlichkeit speciell auch in dem Fürstl. Schwarzburgschen Proceßgesetze vom 20. Februar 1834 begründet sei.

Nicht nur die allgemeine Staatsbürgerpflicht verpflichtet jeden Staatsbürger zur Zeugnißablage, sondern auch die Gesetze gebieten hier eine Zwangspflicht, damit nicht durch den bösen Willen und Eigensinn jemand rechtlos werde.

Schneider, vom rechtlichen Beweise. S. 473.

l. 16. C. de test.

Zu den exceptis personis werden aber in den Gesetzen

l. 6, 7, 9, 10, 15, 20, 21, 23, 24, 25 de test.

Gemeindemitglieder in den Processen ihrer Gemeinde nirgends gerechnet.

Auch hat die sehr bestrittene processualische Rechtsfrage, ob Gemeindemitglieder in solchen Processen gültige und taugliche Zeugen sein können, gar keine Beziehung auf die gegenwärtig allein zur Entscheidung vorliegende Frage, ob solche Gemeindemitglieder zur Zeugnißablage rechtlich verbunden sind: denn die Entscheidung der Frage über die Fähigkeit und Tauglichkeit zur Zeugnißablegung gehört einmal lediglich in den Hauptproceß und namentlich in die Beweis-Ausführung und Anfechtung, und zum andern steht eine solche Einrede nur den streitenden Theilen selbst, keineswegs aber den aufgerufenen Zeugen als dritten Personen zu, in deren Beziehung dieselbe nur eine exceptio de jure tertii ist.

Im gegenwärtigen Processe kann es „daher" nur auf die Frage ankommen, ob „die remonstrirenden" Zeugen ihr Zeugniß wirklich rechtlich verweigern dürfen.

Die Rechtsgelehrten

Leyser, medit. ad Pand. Vol. IV. p. 1172.

Huber, praelectiones juris. Lib. XXII. t. 5. §. 7.

Reinhardt, Handbuch des gem. deutschen Processes. Th. I. §. 165. 166.

Schneider, vom rechtlichen Beweise. §. 141.

Kori, sächs. bürgerl. Processe. S. 97.

Heffter, Institutionen des röm. und deutschen Processes. S. 250.

Strube, rechtliche Bedenken. Th. I. S. 13.

Glück, Commentar. Bd. 22. S. 160.

und Andere beschränken sich lediglich auf die Frage der Tauglichkeit sol-

cher Zeugen, lassen übrigens die weitere Frage, ob solche Zeugen ihr Zeugniß verweigern dürfen, ganz unberührt.

Es unterliegt sowohl nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen als auch ins Besondere nach bestehenden Gesetzen keinem Zweifel, daß niemand in eigner Sache ein gültiger Zeuge sein könne.

l. 10. D. de test.

l. 10. C. de test.

Nullus idoneus testis in re sua intelligitur. — Omnibus in re propria dicendi testimonii facultatem jura submoverunt. — Aus diesen gesetzlichen Bestimmungen, wonach niemand in eigner Sache Zeuge sein soll, scheint der Schluß gerechtfertigt zu sein, daß niemand in eigener Sache auch Zeuge zu sein schuldig sei, folglich sein Zeugniß verweigern dürfe, indem es dem Rechtsgefühle zu widerstreiten scheint, daß jemand gegen sich selbst zu seinem eigenen Nachtheile zeugen solle.

Würden also die aufgerufenen beiden Zeugen wirklich in ihren eignen Sachen aussagen sollen, würden sie von dem Ausgange des Processes wirklich unmittelbaren Schaden oder Vortheil zu erwarten haben, so würde ihre Weigerung des Zeugnisses wichtige Gründe für sich haben.

vergl. Proceßgesetz vom 20. Februar 1854. §. 91. und 92.

Nun bestimmen aber die Gesetze

l. 1. §. 11. D. quando appell. sit.

palam est, eam esse propriam rem, cujus emolumentum vel damnum ad aliquem *suo nomine* pertinet. Die Sache muß also aus dem unmittelbaren, eignen Rechte des Zeugen herrühren, der Vortheil oder Nachtheil muß unmittelbar aus diesem eignen Rechte entspringen.

Betrachtet man nun die Rechte der Gemeindeglieder als solcher in Beziehung zur Gemeinde selbst, so ist wohl darüber nicht mehr zu streiten, daß die Rechte einer Gemeinde nicht jura propria der einzelnen Gemeindeglieder, sondern allein nur der moralischen Person, der universitas sind. Processe einer Gemeinde können daher nicht res propria einzelner Gemeindeglieder sein, deren Nutzen und Schaden diese persönlich betrifft; sondern jeder Nutzen oder Schaden, welche Gemeindeglieder aus dem Vermögen oder den Rechten der Gemeinde beziehen, trifft dieselben nur mittelbar; ihre Rechte und Verbindlichkeiten hievon sind nur abgeleitete.

Die eignen Rechte einer Gemeinde und die eignen Rechte der einzelnen Gemeindeglieder sind streng, wenn sie sich auch mittelbar berühren, von einander zu unterscheiden.

Daher bestimmen auch die Gesetze in

l. 7. D. quod cujusque universitatis nomine vel contra eam agetur, si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.

Es kann daher auf die Unterscheidung zwischen rebus universitatis und den rebus singulorum

Haubold, opusc. acad. Vol. II. p. 550 seq.

durchaus nichts ankommen, indem immerhin die Rechte der einzelnen Gemeindeglieder nie in Beziehung auf diese eine res propria, cujus emolumentum vel damnum ad singulos *suo nomine* pertinet, sondern nur mittelbare, abgeleitete sind, wie dieß auch im deutschen Gemeinderechte anerkannt ist.

Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatr. 5. Ausgabe. §. 128, 129.

Auf den „auferlegten" Beweis kann es bei den eben ausgeführten gesetzlichen Bestimmungen nicht ankommen, indem, selbst wenn die Thatsachen erwiesen würden, das Recht zur Schafhutung in Schernberger Flur kein eignes Recht der Leuteraten, welches sie *suo nomine* besitzen, sondern immer nur ein von dem Rechte der Gemeinde selbst abgeleitetes wäre.

Der Nutzen oder Schaden, welcher den Leuteraten aus dem Ausgange des Processes zukömmt, berührt sie daher, auch wenn er noch so groß, resp. empfindlich für sie wäre, nur mittelbar.

Der Grund der Weigerung, das verlangte Zeugniß abzulegen, erscheint daher nach den gemeinrechtlichen gesetzlichen Bestimmungen durchaus als ungegründet, und es bedarf daher nur noch der Prüfung der weiteren Frage, ob diese gemeinrechtlichen Bestimmungen durch das Proceßgesetz vom 20. Februar 1834 eine Abänderung erlitten haben.

Alle Particulargesetze sind immer so auszulegen, wie sie am wenigsten von dem gemeinen Rechte abweichen, und nur da muß der Richter dem Particulargesetze folgen, wo dasselbe eine bestimmte Abänderung des gemeinen Rechts enthält.

Eine solche Abänderung ist aber in dem Proceßgesetze vom 20. Februar 1834 nirgends enthalten, vielmehr geht aus dem Publicationspatente geradezu hervor, daß der gemeine Civilproceß beibehalten worden ist und nur einige Streitfragen entschieden, auf Abkürzungen hingewirkt und einige Bestimmungen vervollständigt wurden.

Die hier einschlägigen §§. 91. und 92. dieses Gesetzes bestimmen aber

nirgends, daß Gemeindeglieder im Processe ihrer Gemeinde Zeugniß abzulegen nicht schuldig seien, vielmehr führt der §. 91. nur die Fälle auf, in welchen auf Antrag des Producten oder Reproducten denominirte Zeugen verworfen werden sollen, und nur der §. 92. gestattet den im §. 91. unter 4 — 9. genannten Personen, das Zeugniß zu verweigern, wenn sie wollen. Die Leuteraten berufen sich nun auf No. 4 des §. 91., woselbst sich die im Eingange dieser Mittheilung angeführten Worte befinden.

Allein da nach der obigen Ausführung Gemeindeglieder von dem Ausgange eines Processes der Gemeinde nie einen unmittelbaren Schaden oder Vortheil zu erwarten haben, indem ein unmittelbarer Vortheil und Schaden nur aus eignen Rechten und Verbindlichkeiten entstehn kann, die einzelnen Glieder der Gemeinde aber in Beziehung auf Rechtsverhältnisse dieser letztern nur mittelbare, abgeleitete Rechte und Verbindlichkeiten haben, so konnten auch die „citirten" §§. 91. und 92. keine andere Entscheidung herbeiführen. Für die Richtigkeit dieser Auslegung spricht auch, daß die Regel die allgemeine Zeugnißpflicht jeden Bürgers ist, daher die Befugniß einer Person, sich dem Zeugnisse zu entziehn, bestimmt durch Gesetze dargethan werden müßte, und daß es auch zweckmäßig sein kann, den Parteien das Recht zu geben, selbst Personen, die nicht als Zeugen vollgültig sind, oder die sie als Zeugen verwerfen könnten, dennoch als Zeugen vorzuschlagen und auf das Recht, sie als Zeugen zu verwerfen, zu verzichten, weil oft die Partei die Überzeugung von der Gewissenhaftigkeit des von ihr vorgeschlagenen Zeugen in dem Maße haben kann, daß sie erwarten kann, daß er selbst seines nahen Verhältnisses zum Gegner ungeachtet die Wahrheit aussagen werde, während sie zugleich weiß, daß er am besten über die streitigen Thatsachen aussagen kann."

Auf eingewendete Oberappellation wurde von der Juristenfacultät in Berlin das göttinger Urtheil wiederhergestellt. In den deßfallsigen Gründen heißt es: „Bei der Beurtheilung der „hauptsächlichen" Beschwerde kömmt Alles auf die Frage an, ob in Processen einer Gemeinde die Glieder derselben zur Ablegung eines Zeugnisses gezwungen werden können.

Da sich eine bestimmte und directe Entscheidung dieser Frage in den Gesetzen nicht vorfindet, so sind die Verfasser des vorigen Urtheils auf allgemeine Rechtsprincipien, namentlich auf den Grundsatz der

l. 10. D. de test.

l. 10. C. eod.

zurückgegangen, nach welchen niemand in eigener Sache ein gültiger Zeuge sein kann. Es bleibt jedoch immerhin eine mißliche Sache, von der innern Glaubwürdigkeit eines Zeugen auf dessen Verpflichtung zum Zeugniß einen Schluß zu ziehn. Der Mangel der ersteren kann zwar der Partei im Hauptprocesse, nicht aber dem Zeugen, der Mangel der letzteren kann dem Zeugen, nicht aber der Partei im Processe, eine Einrede gewähren. In der vorliegenden Sache aber ist die Frage, ob der Zeuge das Zeugniß verweigern dürfe? Hier würde daher jede von seiner Unglaubwürdigkeit entlehnte Einrede als exceptio de jure tertii zu betrachten sein. Hierzu kömmt, daß jene Gesetze offenbar solche Aussagen vor Augen haben, welche zum Vortheile einer Partei im Processe gereichen würden: denn daß die nachtheiligen Aussagen einer Partei in ihrer eignen Sache vollkommene Beweiskraft haben, ergiebt sich aus dem Wesen der gerichtlichen Geständnisse. Gegenwärtig sollen aber die vorgeschlagenen Zeugen über einige Artikel vernommen werden, deren Bejahung von großem Nachtheile für sie sein würde, und sie verweigern ihr Zeugniß eben aus diesem Grunde, nicht aber wegen dessen Unglaubwürdigkeit.

Neben jener Ungültigkeit des Zeugnisses zum eignen Vortheil des Zeugen enthält indeß schon das gemeine Recht in mehreren Anwendungen den Grundsatz, daß niemand gegen sich selbst Zeugniß abzulegen gezwungen werden kann.

J.R.A. §. 53.

von Wening-Ingenheim, Civilrecht. II. S. 348.

und hiermit stimmt auch das schwarzburgsche Proceßgesetz vom 20. Februar 1834. §. 91. No. 4. und §. 92., sofern es verordnet, daß alle diejenigen, welche vom Ausgange des vorliegenden Processes einen unmittelbaren sichern Vortheil oder Schaden zu erwarten haben, wenn sie wollen, sich weigern können, Zeugniß zu erstatten.

Es fragt sich daher nunmehr, wiefern man behaupten könne, daß einzelne Gemeindeglieder von einem Processe, welcher gegen die Gemeinde als solche geführt wird, einen unmittelbaren und sichern Nachtheil haben? Im vorigen Urtheile war diese Frage deßhalb unbedingt verneint worden, weil die Gesetze einerseits als eine causa propria nur die betrachtet wissen wollen, cujus emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet,

l. 1. §. 11. D. quando appell.

andererseits aber die Rechte der Gemeinde und ihrer einzelnen Mitglieder so bestimmt aus einander halten, daß die Sache der einen niemals die eigne Sache der andern genannt werden könne.

l. 7. §. 1. D. quod cujusq. univ.

Jene Bestimmung einer propria causa kann aber offenbar nicht so verstanden werden, daß dazu nothwendig ein Parteiverhältniß gehörte; denn auch ein Proceß zwischen zwei Andern kann für einen Dritten eine causa propria sein, wenn er bei dem Ausgange selbst und persönlich interessirt ist. So ist eine causa aliena für den Procurater eine eigne Sache, wenn er als procurator in rem suam an ihrem Ausgange ein eigenes Interesse hat, während sie dem bloßen Proceßprocurator fremd bleibt, indem dieser nur um der Partei willen, die er vertritt, bei ihrem Ausgange betheiligt ist. Aus demselben Grunde ist eine causa publica eine eigene Sache des Vertreters des Staats, sobald dieser wegen eines verwandtschaftlichen Verhältnisses bei dem Erfolge des Processes für seine Person interessirt ist. Deßgleichen ist ein Streit zwischen zwei Andern für den accessorischen Intervenienten eine causa propria, welche wegen seiner Regreßpflicht von der Verurtheilung des Verklagten einen mittelbaren Nachtheil zu fürchten hat.

l. 1. §. 12, l. 2. §. 1, 3. D. quando appell.

l. 20 §. 1. D. de appell.

Deshalb geben auch die Gesetze die allgemeine Regel, daß es nicht sowohl auf die Partei allein, als vielmehr auf das Interesse ankomme, um eine eigne von einer fremden Sache zu unterscheiden.

l. 2. §. 3. D. quando appell.

Qui *sua interesse* dicit, propriam causam defendit. In Übereinstimmung damit fordert auch das einheimische Proceßgesetz nur einen unmittelbaren sichern Vortheil oder Schaden bei einem fremden Processe, nicht aber ein eignes Parteiverhältniß als Bedingung der Ablehnung des Zeugnisses. Daher können in einem Processe gegen eine Gemeinde die einzelnen Gemeindeglieder nicht schon deßhalb als unbetheiligte Dritte angesehen werden, weil nicht sie, sondern die Gemeinde, in demselben Partei sei. Es muß vielmehr unterschieden werden, wer bei dem Ausgange des Processes ein eignes und unmittelbares Interesse hat. Hier nun ist es, wo schon die im göttinger Erkenntnisse gemachte Unterscheidung zwischen res universitatis und res singulorum eingreift. Betrifft der Proceß Güter und Gerechtsame, welche unmittelbar für die Zwecke der Commune verwaltet und verwendet werden, wie z. B.

das Kämmereivermögen oder die Stadtjagd, so kann die Sache nur für die Gemeinde als eine causa propria betrachtet werden. Für die einzelnen Mitglieder ist sie allemal eine fremde Sache: denn wenn diese auch bei dem für die Gemeinde günstigen Ausgange insofern interessirt sind, als die Gemeinde bei größerer Macht und Reichthum zur Erreichung gemeinsamer und nützlicher Zwecke die Mittel findet, so ist dieses Interesse für den Einzelnen ein völlig unsicheres und mittelbares, da es an der gehörigen Garantie dafür fehlt, daß das Gemeindevermögen eben in dieser Richtung verwendet wird. Alles ist anders, wenn der Proceß Rechte betrifft, welche zunächst von den Einzelnen ausgeübt werden, und neben denen das Eigenthum der Gemeinde mehr den Charakter eines Schutzrechts für die wahrhaft berechtigten Einzelnen annimmt, in der That also nur eine juristische Fiction ist. Hier ist die Gemeinde nur als Vertreterin ihrer einzelnen Mitglieder, also alieno nomine, bei dem Ausgange des Processes interessirt, während die Glieder derselben die unmittelbar Betheiligten sind.

Haubold, opuscula. Vol. II. p. 560.

Kori und von Langenn, Erört. practischer Rechtsfr. Bd. II. S. 17. und 18.

Eichhorn, deutsches Privatrecht §. 372.

von Savigny, System des heut. röm. Rechts. Bd. II. S. 288.

In unsrem Falle ist nun das Rechtsverhältniß dieses: Weder die Schafe noch die beweideten Äcker gehören der juristischen Person der Gemeinde, diese hält und lohnt nur den Gemeindeschäfer. Die Schafe gehören vielmehr den einzelnen Gemeindegliedern, welche gerade Schafe halten, und die gesammte Flur, bestehe sie aus den Äckern der schaftreibenden oder anderer Mitglieder oder Fremder, ist dem Triftrecht unterworfen. Die eigentlichen Berechtigten sind also die einzelnen Mitglieder der Gemeinde. Nur haben sie dieses Recht nicht in der Form einer Privathutung, sondern in der eines Gemeinderechts, indem sie weder besondere Heerden halten noch separirte Äcker haben. Wenn nun also Fürstl. Kammer der beklagten Gemeinde das Recht bestreitet, einen vierten Schafhaufen zu halten, so wird dadurch nicht sowohl das Hutungsrecht der Gemeinde beeinträchtigt — denn dieses ist nur Form für die Hutungsrechte der einzelnen Mitglieder und wird keineswegs für Gemeindezwecke ausgeübt —; vielmehr werden die Interessen derjenigen Mitglieder verletzt, welche jetzt schon Schafe halten oder doch halten könnten. Für diese ist der Proceß nach der obigen Begriffsbestim-

mung („qui sua interesse dicit, causam propriam defendit") eine eigne, für die Gemeinde ist er in der That eine fremde Angelegenheit: denn nur jene haben ein materielles, unmittelbares, sichres Interesse. Die Gemeinde kann an den Rechten der Mitglieder nur einen formellen, mittelbaren, unsichern Antheil haben.

Zwar hat die Oberappellation noch Gewicht auf den Umstand legen wollen, daß es sich in der vorliegenden Sache nur um die Aufnahme eines Zeugnisses zum ewigen Gedächtnisse handle, dessen Gebrauch in einem Processe gegen die Gemeinde noch so unsicher sei, daß deßhalb ein sicheres Interesse der Zeugen in dem Maße, wie es das Gesetz verlange, überall nicht vorliege. Allein sobald die Zeugen diese Aussage gethan hätten, würden sie es nicht mehr hindern können, daß von derselben in dem Beweisverfahren des fraglichen Processes jederzeit nach dem Gefallen der Klägerin gegen ihre Interessen Gebrauch gemacht würde.

Alte churf. Pr.O. t. XXVII. §. 2.

Eben diese rechtliche Möglichkeit begründet aber schon ein gegenwärtiges und sicheres Interesse, das Zeugniß verweigern zu dürfen. Darum ist auch im Proceßgesetze vom 20. Februar 1834. §. 91. und 92. weder der Unterschied zwischen dem Beweise zum ewigen Gedächtnisse und dem ordentlichen Beweise hervorgehoben, noch auch neben dem Interesse am Ausgange des Processes etwa ein besonderes davon unabhängiges Interesse an der Verweigerung des Zeugnisses aufgestellt worden.

Hiernach kömmt es in der vorliegenden Sache lediglich auf den Beweis an, daß die vorgeschlagenen Zeugen durch die Ablegung des Zeugnisses in einem eignen Interesse (im oben entwickelten Sinne des Worts) eine Kränkung erfahren könnten. Dieser Beweis besteht aber entweder in der Bescheinigung, daß sie bisher Schafe gehalten haben, oder, daß sie für die Zukunft dergleichen zu halten und die Flur der Gemeinde mit denselben zu hüten befugt sind. In der ersten Alternative würden die Oberappellanten ein factisches, in der zweiten ein rechtliches, in beiden Fällen aber immerhin ein sichres und unmittelbares Interesse dargethan haben."

Die Entscheidung der berliner Juristenfacultät konnte nicht angefochten werden und wurde nicht angefochten. Der weitere Verlauf des Rechtsstreits in Folge der Beweisauflage hat kein juristisches Interesse. Der Einsender fügt jedoch die Bemerkung hinzu, daß auch das vorma-

lige Oberappellationsgericht in Zerbst die im letzten Urtheile aufgestellten Grundsätze befolgt hat.

Zur Lehre von den Condictionen.

Vom Herrn Geh. Justizrath Dr. Heerwart zu Eisenach.

Unter den Mitteln, welche im Römischen Recht zur Ausgleichung von Unbilligkeiten oder, wie Unterholzner [1]) sich ausdrückt, zur Zurechtstellung unbilliger Verrückungen rechtlicher Zustände und Verhältnisse gegeben sind, nehmen die Condictionen einen wichtigen Platz ein, welche nicht wie die condictio certi ex mutuo auf einem wahren Vertrag, oder wie die condictiones ex lege auf einem besondern Gesetz, sondern auf einem Haben ohne (rechtmäßigen) Grund beruhen, und wohl mit dem Ausdruck condictiones sine causa in weiterer Bedeutung bezeichnet werden [2]), sei es nun, daß Jemand etwas einem Andern hingab in der irrthümlichen Voraussetzung, dazu rechtlich verbunden zu sein, oder daß der Grund (causa), aus dem er es gab, ein gesetzlich verbotener war, oder zwar Anfangs bestand, aber nachher wieder wegfiel, oder daß er gab in Hinsicht auf einen erst in Zukunft erwarteten Grund, welcher nicht eintrat.

Die Fälle der letztern Art sind es vorzüglich, in welchen die condictio causa data causa non secuta oder ob causam datorum oder ob rem dati re non secuta [3]) Platz greift.

Es kommen von diesen Fällen in Justinians Gesetzsammlung folgende Beispiele vor: Ein in einem Testament übergangener erbberechtigter Descendent hat in Beziehung auf die ihn treffende Collationspflicht schon etwas gezahlt, während er noch deliberirt, ob er die bon. poss. c. tab. agnosciren wolle, und entschließt sich späterhin, dieses nicht zu thun [4]). Es hat Jemand in Betracht eines in Verhandlung begriffenen Vergleichs etwas im Voraus gegeben, der Vergleich ist aber nicht zu Stande gekommen [5]). Es ist eine Mitgift

---

1) von Schuldverhältnissen Bd. II. S. 6.

2) Wening-Ingenheim, Lehrb. III. §. 234.

3) *Erxleben*, de cond. sine causa 2. Abth. §. 1.

4) L. 3. §. 5. de collat. 37. 6. — L. 13. de cond. c. d. 12. 4.

5) L. 23. pr. de cond. ind. 12. 6. — *Erxleben* a. O. S. 185. 186 fgg.

dem künftigen Ehemann ausgezahlt worden, aber die Ehe wird nicht geschlossen [6]). Ein Schuldner zahlt einem angeblichen Bevollmächtigten oder Geschäftsführer des Gläubigers in der Voraussetzung, daß letzterer jene Zahlung genehmigen werde, und dieses geschieht nicht [7]). Der eingesetzte Erbe oder Vermächtnißnehmer erfüllt vorläufig eine ihm gemachte Auflage, schlägt aber später die Erbschaft oder das Vermächtniß aus [8]). Ein Verlobter schenkt seiner Braut etwas, und diese tritt vom Verlöbniß zurück [9]). Es schenkt Jemand auf den Todesfall in Beziehung auf eine bevorstehende Lebensgefahr, entgeht derselben aber glücklich [10]).

Endlich gehört auch der häufig vorkommende Fall hierher, daß Jemand in Erwartung eines Darlehns oder einer Zahlung einen Schuldschein oder eine Quittung von sich giebt [11]).

Außer den Fällen, wo etwas gegeben worden, finden auch Condictionen Statt, wenn der Besitzer durch sein Vergehen oder auf andere Weise zum Besitz einer Sache gelangt ist, die er zu behalten kein Recht hat. Dort tritt bekanntlich die condictio furtiva, hier die condictio sine causa in engerer Bedeutung ein [12]).

Natürlich ist mit diesen Beispielen das Gebiet der Condictionen nicht abgeschlossen, und es kann keinem Bedenken unterliegen, dieselben auch in andern Fällen zu gestatten, wo ähnliche Verhältnisse vorliegen. Ein solcher nicht selten im Handelsverkehr vorkommender Fall ist der, wenn ein Kaufmann an einen Handelsfreund oder Kunden eine unbestellte Waare in der Erwartung schickt, der Empfänger werde sie für den angegebenen Preis behalten, der Empfänger aber sich über das Anerbieten nicht erklärt, indessen aber auch die Waare nicht zurückschickt.

Für alle Condictionen ist nun als Regel ausgesprochen, daß dieselben nicht anders Statt finden, als wenn das Eigenthum des in Frage stehenden Gegenstandes auf den Empfänger übergegangen ist, sei es nach dem ausgesprochenen Willen beider Betheiligten, oder durch Verbrauch oder nicht wieder aufzuhebende Vermischung unter gleichartige

6) L. 6. de cond. c. d. L. 7. §. 1. eod.

7) L. 14. eod. L. 58. pr. de solut. (46. 3.)

8) L. 1. §. 1. de cond. c. d. (12. 4.)

9) L. 15. C. de don. ante nupt. (5. 3.)

10) L. 18. §. 6. de don. m. c. (39. 6.)

11) L. 7. C. de non num. pec. (4. 30.) L. 4 C. de cond. ex lege (4. 9.)

12) Tit. D. de cond. furt. (13. 1.) L. 25. de rer. am. act. (25. 2.) L. 4. §. 1. 3. L. 18. §. 1. L. 23. D. de reb. cr. (12. 1.)

eigenthümliche Gegenstände des Empfängers, oder auf sonst rechtlich begründete Weise [13]), daß sie daher ausgeschlossen sind, wo eine Vindication möglich ist [14]).

Diese Regel hängt mit dem römischen Formularproceß zusammen, in welchem die intentio bei den Condictionen auf dare oportere gerichtet war, unter dare aber Übertragung des Eigenthums verstanden wurde, welche unmöglich war, wenn der Kläger selbst noch das Eigenthum der in Frage stehenden Sache hatte [15]). Die genaue Beachtung dieser Regel hat nun keine Schwierigkeit, wenn darüber keine Ungewißheit obwaltet, daß der Geber noch Eigenthümer der in Frage stehenden Sache, daß diese noch unverändert im Besitze des Gegners, oder nach der Absicht beider Betheiligten oder aus einem andern Grund in das Eigenthum des Beklagten übergegangen ist. Wenn aber der Gebende nicht Eigenthümer der gegebenen Sache war, wenn er darüber im Unklaren ist, ob der Empfänger in die ihm angebotene Eigenthumsübertragung gewilligt hat, wenn er nicht weiß, ob die Sache sich noch im Besitz seines Gegners befindet, oder ob sie derselbe verbraucht oder veräußert, oder sonst darüber auf eine Weise verfügt hat, welche eine Vindication unmöglich macht, so kann er in eine schlimmere Lage kommen, zumal wenn sein Gegner darauf ausgeht, ihn zu chicaniren, und ihm verheimlicht, was aus der Sache geworden ist, so daß er Gefahr läuft, seine Klage auf unwahre Grundlagen zu stützen, und in Folge dessen damit abgewiesen zu werden, und sich genöthigt sieht, eine neue Klage auf andere Grundlagen hin mit neuem Kostenaufwand und am Ende wieder zweifelhaftem Erfolg zu erheben. Erwägungen dieser Art [16]) mochten wohl die römischen Juristen bestimmt haben, bei der condictio furtiva eine Ausnahme zu machen, und zur Erleichterung der Proceßführung für den Bestohlenen dieselbe auch da zu gestatten, wo die gestohlene Sache noch im Besitz des Diebes, also eine rei vindicatio möglich war [17]). Jedoch waren damit noch nicht alle Schwierigkeiten beseitigt. Denn nach der Strenge des Rechts stand die condictio

13) L. fin. D. cav. usufr. quemadm. (7. 9.) L. 11. §. 2. D. de reb. cred. L. 29. de cond. ind. (12. 6.) L. 3. §. 18. de don. int. vir. (24. 1.) L. 3. C. de cond. ex lege (3. 9.)

14) Savigny, Syst. V. S. 512 fgg.

15) Gajus comm. IV. §. 1. §. 14. J. de action. (4. 6.) L. 167. pr. de R. J. 50, 17.

16) Savigny, Syst. B. V. S. 553.

17) Gajus comm. IV. §. 4. §. 14. J. de action. 4. 6.

furtiva nur dem Eigenthümer zu, erforderte daher, wie die rei vindicatio, den oft schwierigen Beweis des Eigenthums, und fand gar nicht Statt, wenn der Bestohlene gar nicht Eigenthümer, sondern aus einem andern Grund im Besitz der Sache, und für sie verantwortlich war[18]). Um die letztgedachte Unbilligkeit zu heben, wurde auch die condictio gegeben; doch betrachtete man (um die Consequenz zu retten) die Sache so, als werde nicht der gestohlene Gegenstand selbst, sondern der Besitz derselben condicirt[19]). Diese Wendung wurde aber nicht bloß bei der cond. furtiva gebraucht, sondern auch auf andere Fälle zur Anwendung gebracht[20]). Man ging aber noch weiter, und gestattete in manchen Fällen die condictio neben der Vindication. So in dem mit dem Diebstahl verwandten Fall einer Entwendung unter Ehegatten[21]), bei welcher gleichwohl die condictio furtiva ausgeschlossen war[22]), daher man unter der in der angeführten L. 24. erwähnten condictio nur die c. sine causa im engern Sinne verstehen kann[23]); ferner bei einer Schenkung auf den Todesfall, wenn der Schenker der im Auge gehabten Lebensgefahr entgangen war[24]); bei einer in Beziehung auf eine beabsichtigte Ehe gemachten Schenkung, wenn die Ehe nicht zu Stande kam[25]); bei einer datio in solutum für eine theilweise Nichtschuld[26]); wenn durch Naturkräfte eine Sache in eines Andern Besitz gekommen war[27]). Auch der Fall in L. 24. §. 1. de act. emti 19. 1. ist hierher zu zählen, da der Sclave, welchen ein gestohlener Sclave von dem seinem Herrn gehörigen peculium gekauft hat, doch ohne Zweifel auch Eigenthum des Herrn wurde. Endlich wurde die condictio auch in Fällen gegeben, wo vertragsmäßige Verhältnisse vorlagen. War der Vertrag ein pactum nudum, so hat das nichts Besonderes, weil eben ein solcher Vertrag keine eigene Klage erzeugte, so in den Fällen der L. 50. de jure dot. 24. 3., der L. 2. 8. C. de cond. ob c. dat. 4. 6.

18) L. 1. de cond. furt. 13. 1. L. 14. §. 16. de furtis 47. 2.

19) L. 2. de cond. trit. 13. 3. L. 12. §. 2. de cond. furt. 13. 1. L. 22. de pign. act. 13. 7. L. 13. de don. m. c. 39. 6.

20) L. 15. §. 1. de cond. ind. 12. 6. Sed et si nummi alieni dati sint, condictio competet, ut vel possessio eorum reddatur.

21) L. 24. de rer. am. act. 25. 2. 22) arg L. 3. §. 2. eod.

23) Renaud im Archiv f. civ. Prax. Bd. 29. S. 166. 167.

24) L. 29. 30. de don. m. c. 39. 6.

25) L. 15. C. de don. ante nupt. 5. 3.

26) L. 29. §. 4. de cond. ind. 12. 6.

27) L. 4. §. 2. de reb. cred. 12. 1.

Allein auch bei wahren Contracten und bei Quasicontracten wird sie neben der Contractsklage erwähnt. So beim pignus [28]), beim Depositum [29]), Mandat [30]), bei der societas, tutela und negotiorum gestio [31]), bei einer zur Befestigung eines Kaufvertrags gegebenen arrha nach erfülltem Vertrag [32]). Wohl sagen Vangerow [33]), Unterholzner [34]) und Savigny [35]), daß man hingesehen auf die oben erwähnten bestimmten Aussprüche über den Gegensatz zwischen vindicatio und condictio annehmen müsse, es sei in allen diesen Fällen die Sache, welche vindicirt wurde, durch Verbrauch in das Eigenthum des Beklagten übergegangen oder veräußert worden, und es werde daher nur deren Werth condicirt, und das wird in der Not. 29. angeführten Stelle allerdings gesagt, und in den Stellen der Not. 30. 31. stehen wenigstens die Worte nicht entgegen, das anzunehmen, allein in den Fällen L. 4. §. 1. 2. de reb. cred. wird ganz bestimmt die *res* fluminis vi illata, pignori data als Gegenstand der Condiction bezeichnet, während in Fällen der Veräußerung oder des Verbrauchs, das pretium oder das id, quo locupletior factus est, als Gegenstand der Klage genannt wird [36]), und es läßt sich daher wohl mit Grund annehmen, daß man allmählich, wie der Formularproceß mehr und mehr außer Gebrauch kam und den extraordinariis cognitionibus wich, sich nicht mehr streng an die alte durch die formula condictionis begründete Regel hielt, sondern im Hinblick auf die dem Condictionensystem hauptsächlich zum Grund liegende aequitas (L. 66. de cond. ind. 12. 6.) Condictionen auch da gestattet, wo irgend der Gegner ohne rechtmäßigen Grund etwas besaß, was aus dem Besitzthum eines Andern unmittelbar oder mittelbar [37]) an ihn gelangt war.

Es muß freilich auffallen, daß Justinian in §. 14. J. de act. noch jene alte Regel anführt, obgleich zu seiner Zeit, wie er selbst in §. 8. J. de interd. 4. 15. sagt, der Formularproceß längst verschwunden

28) L. 4. §. 1. de reb. cred. 12. 1.
29) L. 13. §. 1. dep. 16. 3.
30) L. 5. de exc. rei jud. 44. 2.
31) L. 28. §. 4. de jurejur. 12. 2.
32) L. 11. §. 2. de act. emti. 19. 1.
33) Leitf. Bd. 3. S. 369.
34) Schuldverhältnisse II. §. 307. D.
35) System Bd. 5. S. 518.
36) L. 19. de don. m. c. 39. 6. L. 5. §. 8. de don. int. vir. 24. 1.
37) wie z. B. im Fall der L. 29. pr. de don. int. vir. 24. 3.

war; allein diese mehr rechtsgeschichtliche Bemerkung, wenn man sie nicht mit Savigny a. O. S. 588. Not. c. einer bloßen Gedankenlosigkeit zuschreiben will, kann, hingesehen auf den Zweck der Institutionen, auch nicht hindern, die in den Pandecten und im Codex enthaltenen mehrfachen Abweichungen von der ältern Ansicht nicht allein in den speciellen Fällen, sondern analog allenthalben anzuwenden, wo ähnliche Verhältnisse vorliegen, und somit die von den römischen Juristen auch in der hier in Frage stehenden Beziehung vielfach geübte Fortbildung des Rechts auch für die neuere Rechtssprechung zur Förderung des materiellen Rechts und zu dessen Schutz gegen Einwendungen, auf längst untergegangene Formen gestützt, in Anspruch zu nehmen.

Ich gelange demnach für die Fälle, wo das Haben ohne Grund in einem wirklichen Hingeben von Seiten des Klägers den Ursprung nahm, zu folgendem Endergebniß. Wer wegen anfänglichen Mangels oder spätern Wegfalls oder Nichteintritts eines vorausgesetzten rechtmäßigen Grundes das Gegebene zurückfordern will, hat nur zu behaupten und zu beweisen, daß er den fraglichen Gegenstand dem Gegner in Beziehung auf die vorausgesetzte causa gegeben habe, gleich wie die Begründung von Klagen auf Rückgabe einer hinterlegten, verpachteten, geliehenen rc. Sache, welchen nach den Stellen Not. 28 — 32. die Condictionen doch zur Seite gestellt werden, auch nichts weiter gehört, als das Anführen, daß der Kläger in Folge des geschlossenen Vertrags die in Frage stehende Sache dem Gegner übergeben habe. Er hat nicht zu beweisen, daß die Sache in das Eigenthum des Empfängers übergegangen sei, daß sie noch in dessen Besitz sich befinde, oder durch eine von ihm zu vertretende Handlung untergegangen sei. Er kann vielmehr erwarten, ob sein Gegner ihm einredeweise Thatsachen entgegensetzen werde, welche ihn vom Anspruch des Klägers befreien.

Demnächst hat er aber zu beweisen, daß die vorausgesetzte causa je nach Verschiedenheit der Fälle entweder gar nicht vorhanden gewesen, oder keine rechtlich anerkannte, oder später wieder weggefallen, oder endlich — wenn es eine künftige war — nicht eingetreten sei. Denn eine dieser Thatsachen muß vorhanden sein, wenn Zurückforderung Statt finden soll, gehört daher nothwendig mit zum Klaggrunde [39]), so wie bei den den Condictionen in den oben erwähnten Fällen zur Seite stehenden Contractsklagen der Kläger eben auch zu beweisen hat, daß

39) Erxleben, die cond. sine causa 2. Abth. S. 499 fgg.

die Pachtzeit, die beim Commodat bestimmte Dauer beendigt, die Pfandschuld bezahlt, und somit für den Kläger das Rückforderungsrecht erwachsen sei. Nur wo es lediglich von der Willkühr des Gebenden abhängt, die causa futura nicht eintreten zu lassen, bedarf es eines besondern Beweises nicht, weil diese Willensmeinung durch die Zurückforderung selbst deutlich genug ausgedrückt ist. Wenn daher ein Kaufmann eine unbestellte Waare mit Verkaufsanerbieten schickt, der Empfänger aber darüber sich nicht erklärt, so hat der Absender eben nur das Hingeben zu beweisen, weil ihm zu jeder Zeit freisteht, das Anerbieten zu widerrufen, so lange der Empfänger sich nicht einwilligend erklärt hat[39]).

Neben der Zurückforderung der Sache selbst ist dann unstreitig auch das eventuelle Klaggesuch begründet, daß, wenn der Gegner nicht im Stande sei, die ihm übergebenen species in Natur zurückzugeben, er zur Bezahlung des anzugebenden Werths verurtheilt werde.

In diesem Sinne wurde beim Großh. Appellationsgericht zu Eisenach folgender Fall entschieden.

Der Branntweinfabrikant G., der mit dem Schenkwirth L. in mehrfachem Geschäftsverkehr stand, klagte gegen denselben auf Bezahlung des Kaufpreises für ein ihm vor mehreren Jahren an einem bestimmten Tage käuflich übergebenes Faß Branntwein. Der Beklagte stellte das ganze Klaganführen in Abrede und nahm einen darüber ihm zugeschobenen Eid an; als es aber zum Schwörungstermin kam, erklärte er, daß er die Überlieferung des fraglichen Fasses nicht abschwören wolle, beschwor aber, daß er das fragliche Faß zu dem angegebenen Preis vom Kläger nicht gekauft habe, worauf dann letzterer mit seiner Klage abgewiesen wurde. Er stellte darauf eine neue Klage an, gründete solche auf die für zugestanden zu achtende Überlieferung des Fasses und auf den sonstigen Inhalt der Voracten, und bat, den Beklagten zur Zurückgabe des fraglichen Fasses, eventuell zur Bezahlung des Werths desselben zu verurtheilen, den er angab, und später durch Zeugen bewies. Der Beklagte wandte gegen die Klage ein:

a) daraus, daß er das Faß nicht gekauft habe, folge nicht, daß er es sine causa besitze.
b) Condictionen fänden nur Statt, wenn das Eigenthum der in Frage stehenden Sache auf irgend eine Art an den Empfänger überge-

39) Wening-Ingenheim im Arch. f. Pr. Bd. II. S. 269.

gangen sei, und wären unstatthaft, wenn die Sache noch beim Empfänger vorhanden sei. Daß das geklagte Faß Branntwein consumirt sei, behaupte Kläger nicht, mithin habe er es nur vindiciren, nicht condiciren können.

Er ließ sich darüber nicht aus, ob das Faß noch bei ihm vorhanden, noch was daraus geworden, und führte auch sonst keinen Grund an, der ihn zum Behalten des Fasses berechtige, oder von der Erstattung des Werthes befreie.

Die erste Instanz verurtheilte den Beklagten nach dem Klaggesuch, und das Appellationsgericht bestätigte das Erkenntniß aus den oben herausgesetzten Gründen.

In gleicher Weise wurde ein früherer Fall von der vorhinnigen Regierung zu Eisenach entschieden.

Der Kaufmann T. zu C. wollte einen Ballen mit bestellten Waaren an Nathan F. zu L. senden, und übergab denselben dem Spediteur G. zu H. mit der auf Nathan F. gestellten Factur, der Spediteur schickte aber diese Waaren mit der Factur aus Versehen an Salomo F. zu L., welcher dieselben behielt, und aus nichtigen Gründen die Herausgabe verweigerte. Der Kaufmann hielt sich wegen dieses Versehens an seinen Spediteur, welcher ihm Ersatz leistete, und nun gegen Salomo F. auf Herausgabe der Waaren klagte. Der Beklagte focht die Klage als unschlüssig an, weil nicht behauptet sei, daß das Eigenthum der Waaren an ihn übergangen sei, was denn auch nicht behauptet werden konnte, weil der Absender und frühere Besitzer der Waaren, T., gar nicht die Absicht hatte, die Waaren dem Salomo F. eigenthümlich zu überlassen. Die Großh. Regierung verurtheilte aber in der Appellationsinstanz den Beklagten, unter Vorbehalt eines von ihm über den vollständigen Waarenempfang abzuleistenden Eides zur Herausgabe der Waaren an den klagenden Spediteur G. und eventuell zur Bezahlung des Werthes derselben.

Ebenso erkannte das Oberappellationsgericht zu Lübeck in einem Falle, wo ein Handlungshaus an ein anderes einige Kisten mit Leinen geschickt und diesem den Auftrag ertheilt hatte, die Kisten zur Verfügung eines benannten Dritten zu stellen, der Empfänger aber die Erfüllung des Auftrages abgelehnt, aber auch die Kisten dem Absender nicht zurückgegeben hatte.

In der neuerlich erschienenen Schrift:

Über die stillschweigend übernommene Verbindlichkeit zur Bezahlung

des Kaufpreises unbestellt empfangener Waaren, von Klemm, 1854.
berührt der Verfasser den Gegenstand der vorstehenden Abhandlung, läßt zunächst ebenfalls die cond. causa data c. non secuta auf Rückgabe der Sache zu, nimmt aber auch unter Umständen eine actio neg. gestorum und mandati an. S. 15. 16. 24. 61. Nun können zwar Umstände vorliegen, wo die Statthaftigkeit der letztgedachten beiden Klagen einem Zweifel nicht unterliegt. Aber darin, daß der Empfänger einer Waare dieselbe nur bei sich aufnimmt, kann ich nicht unbedingt eine negot. gestio [40]), und darin, daß der Empfänger gegen das Behalten der Waaren brieflich protestirt und für den Absender zur Verfügung stellt, und dieser dazu schweigt, kann ich noch weniger ein Mandatsverhältniß begründet finden. Im letztern Fall möchte allenfalls ein von Seiten des Absenders nachträglich und stillschweigend eingegangenes Depositalverhältniß anzunehmen sein, denn schwerlich kann man von dem Empfänger glauben, daß er sich durch seine Erklärung den lästigeren Obliegenheiten eines Mandats, namentlich der Verantwortlichkeit wegen der culpa omnis habe unterwerfen wollen. In dem Fall nun, wo sich der Empfänger in der angegebenen Weise erklärt hat, wird der Absender wegen der Wahl der Klage und wegen des Beweises nicht in Verlegenheit sein. Außer dem Falle einer vom Empfänger gegen den Geber verlautbarten Erklärung wird daher der Gebende sich am zweckmäßigsten auf die Thatsache des Gebens zu beschränken und seinen Willen zu erklären haben, daß er das gemachte Anerbieten zurücknehme.

40) Es geschieht ja häufig, daß die Waaren in Abwesenheit des Adressaten in dessen Behausung abgeladen werden, daß er über die nähern Bedingungen der Zusendung erst in einem später ankommenden Brief Auskunft erhält. Woraus soll denn da die doch bei jeder neg. gestio nothwendige Absicht, Geschäfte des Andern führen zu wollen, geschlossen werden?

Actenmäßige Darstellung civil- und criminalrechtlicher Entscheidungen.

Über die rechtlichen Folgen, wenn einer oder der andere der vom Deferenten gewählten Schwurmänner nicht schwören will, nach der Erl. Sächs. Proc.-Ordnung.

Ein Rechtsfall,

mitgetheilt vom Herrn Justizrath Dr. von Hellfeld in Weimar.

Die Gemeinde C., einem sonst Königl. Sächsischen, an Weimar gefallenen Orte, wo die Erläuterte Sächs. Proceß-Ordnung Gültigkeit hat, hatte einen vom Gegner ihr angetragenen, von ihr angenommenen Credulitäts-Eid zu leisten. Der Deferent wählte drei aus der Mitte der Gemeinde-Angehörigen, als die, welchen die beste Wissenschaft von den zu beschwörenden Thatsachen beiwohne.

Im Schwörungstermine erklärten zwei der Schwurmänner, daß sie von den eidlich zu erhärtenden Thatsachen nichts wüßten, daß sie solche ebensogut glaubten, als nicht glaubten. Der Amtsbescheid gab dem Deferenten hierauf auf, anstatt der obigen Personen, denen die gute Wissenschaft von der Sache abgehe, zwei andere Gemeindeglieder binnen dreißig Tagen bei Verlust des Wahlrechtes zu benennen.

Auf die hiergegen vom Deferenten ergriffene Berufung erkannte die damalige Großherzogliche Landes-Regierung zu Weimar im Jahre 1829:

> Da die Bl. — ersichtliche Ladung zu dem anberaumtgewesenen Termine die gesetzliche Andeutung an die juraturi, daß für den Fall verweigerter Ableistung, der in Frage stehende Haupteid für versäumt und die zu beschwörenden Puncte für eingeräumt werden erachtet werden, nicht enthält, so ist der Amtliche Bescheid wiederum aufzuheben, und, unter legaler Vorladung der Parteien, anderweiter Schwörungs-Termin anzuberaumen.

Der Deferent benannte nun Jene, die im Termine obige Erklärung abgegeben hatten, noch einmal. Dagegen trat die Gemeinde mit einer Protestation hervor, und schützte insbesondere, mit Bezugnahme auf die vorhin von den juraturis abgegebene Erklärung, Recusations-

gründe vor, und bescheinigte solche alsbald durch öffentliche Acten und Zeugen. Das Amt, als erste Instanz, erkannte hierauf:

daß die anderweit gewählten juraturi zur Ableistung des von der Gemeinde zu leistenden Eides nicht zulässig seien, der Deferent vielmehr an deren Stelle zwei andere Mitglieder binnen dreißig Tagen bei Verlust seines Wahlrechtes und Vermeidung richterlichen Einschreitens zu benennen habe.

Auf die vom Deferenten dagegen eingewendete Berufung sprach sich die vormalige Landes=Regierung zu Weimar in den Gründen zum Bescheide in Folgendem aus:

Da rechtskräftig erkannt worden ist, daß der, der Gemeinde zuerkannte, Schiedseid durch drei aus ihrer Mitte, welchen die beste Wissenschaft von der Sache beiwohnt, und welche der Producent zu benennen habe, geleistet werden soll, ohnehin aber der Gemeinde wenigstens die Befugniß, rechtliche Erinnerungen gegen die Wahl des Producenten vorzutragen nicht zu versagen ist; da ferner die Besorgniß auch weder durch die rechtskräftige Entscheidung, welche sich nur auf die rechtlichen Folgen der, von den Schwörenden selbst im Schwörungs=Termine ausgesprochenen Weigerung, den Eid zu leisten, bezieht, und den Eintritt solcher Folgen wegen mangelnden Präjudizes in der Ladung verneint, ausgeschlossen, noch sonst versäumt ist, indem so wenig eine Präclusivfrist dafür zur Zeit statt gefunden, als ein, die Wahl des Producenten wider die Einwendungen der Gemeinde bestätigendes Erkenntniß ergangen, und da endlich die Erinnerungen der Letzteren wider die Personen zweier, zum Schwören vom Producenten Ausgewählter ebensowohl erheblich, als zur Nothdurft bescheinigt ist, so war das vorige Erkenntniß zu bestätigen.

Auf die vom Deferenten dagegen ergriffene Oberberufung, und auf Antrag der Delaten beantragte Versendung ad exteros wegen vorliegender zweier conformer Entscheidungen, erkannte der Schöppenstuhl zu Halle, wie sich aus folgenden Gründen ergiebt:

„Der Beklagte stellt die Behauptung auf, daß es, der von der klagenden Gemeinde eingelegten Protestation ungeachtet, bei der von ihm getroffenen Wahl bewenden, und, weil die gewählten juraturi erklärt hätten, daß sie nicht schwören könnten, der Eid für verweigert angesehen werden müsse. Der Gegenstand des, der klagenden Gemeinde zuerkannten, Eides betrifft einzelne, von dem

Beklagten aufgestellte Thatsachen, welche von jener als unwahr beschworen werden sollen. Wäre nun der Eid bloß auf das Nichtwissen gestellt, so würden die Gewählten, abgesehen von den Einwendungen, welche die Klägerin gegen deren Zulässigkeit macht, unbedenklich zur Ablegung dieses Eides gelassen werden können, eben weil sie erklärt haben, daß sie von den in der Eidesformel enthaltenen Thatsachen nichts wüßten. Allein sie sollen zugleich auch ihre subjective Überzeugung von der Unwahrheit jener Thatsachen, ihr Nichtglauben desselben eidlich bestärken. Dazu können sie aber deßwegen nicht gelassen werden, weil sie selbst anführen, daß sie glaubten und nicht glaubten, daß es ihnen also an einer subjectiven Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der, auf den Eid gestellten Puncte, mangele.

„Wenn nun schon hierin eine offenbare Verweigerung des Eides liegt, so kann das doch auf der einen Seite der klagenden Gemeinde nicht schaden, und auf der andern Seite kann der Beklagte nicht genöthigt werden, sich unbedingt dabei zu beruhigen. Denn, wenn einer Gemeinde in einem Processe, den sie führt, ein Eid in der Maße zuerkannt worden ist, daß sie diesen durch drei aus ihrer Mitte, welche die beste Wissenschaft von der Sache hatten, leisten sollte, und wenn dabei die Auswahl dem Gegner überlassen wird; so muß zwar ein, von den sämmtlichen erwählten Mitgliedern gethanes, übereinstimmendes Eingeständniß der auf den Eid gestellten Thatsachen, als Beweisgrund gegen die Gemeinde gelten, aber die Verweigerung des Eides aus dem Grunde der ermangelnden Kenntniß und Überzeugung von den Gegenständen desselben, kann der Gemeinde so lange keinen Nachtheil bringen, als es noch drei andere Mitglieder giebt, welchen jene Kenntniß und Überzeugung nicht abgeht und zwar um so weniger, da die Entscheidung der Hauptsache von dem, was drei mit den Umständen bekannte Mitglieder beschwören werden, abhängig gemacht worden ist; weil also der Eid, welchen diese ablegen, als ein von der ganzen Gemeinde abgeleisteter Eid angesehen werden soll. Hieraus folgt, daß, wenn der Gegner sich in seiner Wahl geirrt, und Mitglieder, welche eine bestimmte Kenntniß oder Überzeugung von den auf Eid gestellten Thatsachen nicht haben, benannt hat, er sodann andere wählen und damit so lange fortfahren muß, als es noch drei Mitglieder giebt, welche schwören wollen und können. Eben deßhalb darf auch die

Citation zum Schwörungs=Termine, so lange, bis die Reihe der Wahl an die drei letzten Mitglieder gekommen ist, unter der Androhung, daß, im Falle des Ungehorsams, der Eid für verweigert, oder versäumt geachtet werden solle, nicht erlassen werden.

„Dagegen können aber auch die zur Eidesleistung gewählten Personen durch das bloße Vorgeben, daß es ihnen an der erforderlichen Wissenschaft, oder Überzeugung fehle, sich von der Ablegung desselben deßhalb nicht befreien, weil theils der Gegner dadurch zu einer neuen Wahl genöthigt, theils eine Handlung, zu der sie, vermöge des dem Gegner eingeräumten Wahlrechtes, verpflichtet waren und auf welche sie sich gleich bei dem Anfange des Processes gefaßt machen mußten, andern Mitgliedern aufgebürdet wird; sie können vielmehr zuvörderst zur eidlichen Bestärkung des Grundes ihrer Weigerung angehalten werden."

Bericht über Entscheidungen des Gesammt=Oberappellationsgerichts zu Jena auf eingewendete Nichtigkeitsbeschwerden in Strafsachen.

(Fortsetzung des Aufsatzes in Nro. 1. 2. S. 11. 1855.)

XXXIV.

Über den Beweis des Werths einer gestohlnen ꝛc. Sache für die Gerichtszuständigkeit nach der Altenburger Strafproceßordnung.

Die Altenburger StPOrdnung vom 27. Febr. 1854, welche vom 1. August 1854 an in Wirksamkeit getreten ist, weicht, wie den Lesern d. Bl. aus S. 435 f. Bd. I. noch erinnerlich sein wird, in mancherlei nicht unwesentlichen Puncten von der sog. Thüringenschen StPOrdnung ab. Dahin gehört die Eintheilung der Verbrechen in Verbrechen erster und zweiter Classe. Zu den Verbrechen der zweiten Classe gehören alle diejenigen, welche mit vierjährigem Arbeitshaus und darunter bis zu sechs Wochen Gefängniß bedroht sind. Die Hauptverhandlung wegen der Verbrechen zweiter Classe gehört vor die Criminalgerichte, sie führen auch die Voruntersuchung bei denselben und fällen das Erkenntniß über die Versetzung in den Anklagestand, während die Untersuchung und Bestrafung der Vergehen — derjenigen Handlungen,

welche nach einem Straffatz von höchstens sechs Wochen Gefängniß ꝛc. zu bestrafen sind — den Einzelrichtern zugewiesen ist. Einfache Diebstähle bei einem Betrag von 5 Thlrn. — aber nicht über 10 Thlr. — sind im Art. 223. Ziff. 2. des SGBuchs mit Gefängniß von 4 Wochen bis zu 3 Monaten oder Arbeitshaus bis zu 3 Monaten bedroht. Für die Ermittlung des Werths gestohlner ꝛc. Gegenstände ist im Art. 51. des SGBuchs vorgeschrieben, daß bei dem Vorhandensein der Sache im unveränderten Zustand der Betrag nach dem gemeinen, der Sache beizulegenden Werthe Gerichtswegen, nöthigenfalls durch Sachverständige, im Falle aber die Sache nicht mehr oder nicht in unverändertem Zustand vorhanden, aushülflich durch die Aussage des Eigenthümers oder desjenigen, dem die Sache zur Verwahrung oder Beaufsichtigung anvertraut gewesen, ausgemittelt werden soll.

Gegen die Entscheidung des Criminalgerichts in der Verweisungsinstanz sind zwei Rechtsmittel gewährt, das der Berufung und das der Nichtigkeitsbeschwerde. Die Letztere geht an das Gesammt-Oberappellationsgericht und kann nach Art. 190. Ziff. 1 der StPOrdnung von dem Angeschuldigten und von der Staatsanwaltschaft dann erhoben werden: wenn ein nicht zuständiges Gericht in der Sache für zuständig oder ein zuständiges Gericht für nicht zuständig angenommen wurde.

Elias H. zu U. kam nach dem 1. August 1854 bei dem Criminalgericht zu R. in Untersuchung, weil er beschuldigt wurde, ein Fischernetz, dessen Werth der Bestohlne auf 8 Thlr. angegeben hatte, entwendet zu haben. Er wurde deßhalb durch Verweisungserkenntniß des Criminalgerichts zu R. in den Anklagestand versetzt und es sollte die Hauptverhandlung der Sache vor dem Criminalgericht zu R. stattfinden, der Angeklagte wendete dagegen Nichtigkeitsbeschwerde ein, es wurde dieselbe aber durch OAGerichtserkenntniß vom 11. Januar 1855 (No. 4.) als unstatthaft verworfen aus folgenden Gründen:

„Der Angeklagte habe in seiner Nichtigkeitsbeschwerde als Grund angegeben, daß die Sache zur Hauptverhandlung vor das Criminalgericht und nicht vielmehr als ein bloßes Vergehen vor den Einzelrichter verwiesen worden sei. Es sei nun allerdings in der StPOrdnung Art. 190. Ziff. 1. als Nichtigkeitsgrund anerkannt: „Wenn ein nicht zuständiges Gericht" ꝛc. Allein es setze dieß nach dem ganzen System der StPOrdnung nothwendig den Fall voraus, daß das verweisende Criminalgericht aus den Thatsachen, welche es für erwiesen

oder für wahrscheinlich angenommen habe, unrichtige rechtliche Folgerungen gezogen haben solle, es müsse sich um eine streitige oder irrthümlich entschiedene Rechtsfrage handeln, es könne aber dieser Nichtigkeitsgrund nicht als vorhanden angenommen werden, wenn das Gericht aus den von ihm für erwiesen oder für wahrscheinlich erklärten Thatsachen unbestritten die richtige rechtliche Consequenz gezogen habe und nur bestritten werde, daß eine Thatsache erwiesen oder wahrscheinlich gemacht sei, und dagegen ausgeführt werde, etwas, was das Gericht für wahrscheinlich erachtet habe, sei für unerwiesen oder für unwahrscheinlich zu achten. Denn in diesem Falle handle es sich nicht direct und primär um die Zuständigkeit oder Nichtzuständigkeit eines Gerichts, sondern es handle sich zunächst nur um die Beweisfrage, um die Frage, ob ein Verbrechen in einer bestimmten Größe für erwiesen oder für mehr oder weniger wahrscheinlich gemacht zu erachten sei oder nicht; die Competenz des einen oder anderen Gerichts erscheine dann nur als Folgesatz von jener Beweisfrage. Wegen der Beweisfrage aber und hinsichtlich des Verweisungserkenntnisses wegen der Frage um stärkeren oder schwächeren Verdacht stehe dem Cassationshof keine Cognition zu, es könne die richtige oder unrichtige Entscheidung der Beweisfrage nicht nur nicht Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde, sondern auch nicht Gegenstand einer Appellation gegen das Verweisungserkenntniß sein, abgesehen von der Appellation der Staatsanwaltschaft im Falle des Art. 189. Ziff. 1. der StPOrdnung. Im vorliegenden Falle aber habe das Verweisungserkenntniß für wahr oder für wahrscheinlich angenommen, das entwendete Fischernetz habe einen Werth von 8 Thlrn. gehabt. Dieß vorausgesetzt würde, wie auch vom Angeklagten gar nicht bestritten werde, die Sache mit Recht als ein Verbrechen zweiter Classe angesehen und an das Criminalgericht verwiesen worden sein. Das Gericht habe dabei die eigene Würderung des Damnificaten zu Grunde gelegt, es habe mithin für erwiesen oder für wahrscheinlich angenommen, daß das Fischernetz nicht in unverändertem Zustand zurückgebracht worden sei. Der Angeklagte suche dagegen nur auszuführen, es sei für erwiesen zu achten, daß das Netz in unverändertem Zustand zurückgekommen sei und deßhalb durch Sachverständige hätte gewürdert werden sollen, es sei mithin für das entwendete Netz nur ein Werth von weniger als 5 Thlr. für erwiesen anzunehmen, folglich die Entwendung nach Art. 2. II. 1. der StPOrdnung verglichen mit Art. 223. des CGBuchs kein Verbrechen zweiter Classe,

sondern nur ein **Vergehen**, und folgeweise nicht an das Criminalgericht, sondern nach Art. 9. der StPOrdnung an den Einzelrichter zu verweisen. Alles dieses betreffe aber nicht eine eigentliche Rechtsfrage, sondern nur die Beweisfrage, die Frage nach der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit der Deterioration und des höheren oder niedrigeren Werthes des Netzes."

XXXV.

Über den Einfluß des Rückfalls für die Frage: ob ein **Verbrechen** erster oder zweiter Klasse oder ein **Vergehen** nach den Vorschriften der **Altenburger** StPOrdnung vorliege?

Bei der S. 436. Bd. I. d. Bl. bereits mitgetheilten in der Altenburger StPOrdnung enthaltenen Eintheilung der Verbrechen in Verbrechen erster und zweiter Klasse rc. soll, wie Art. 2. der StPOrdnung weiter bestimmt, da, wo Straffätze bei dieser Klassificirung entscheidend sind, es nicht auf die für den vorliegenden Fall selbst zu erkennende Strafe, sondern auf den Straffatz ankommen, dem das einzelne in Frage stehende Verbrechen, oder auch mehrere, ihrem Betrag nach zusammenzurechnende Verbrechen nach dem Gesetz oder bei Defraudationen und bei Ehrenkränkungen nach dem Ermessen des Criminalgerichts und des Staatsanwalts unterliegen. Dabei soll die Möglichkeit, daß wegen Rückfalls der höchste gesetzliche Straffatz überschritten werden oder wegen Milderungsgründen unter den niedrigsten gesetzlichen Straffatz heruntergegangen werden kann, nicht berücksichtigt werden, ausgenommen den Rückfall in denjenigen Fällen, wo in dem besonderen Theil des Strafgesetzbuchs seinetwegen ein besonderer Straffatz aufgestellt ist (s. Artt. 240. u. 306. des CGBuchs).

In einer gegen den Schmiedegesellen G. aus J. bei dem Criminalgericht zu R. wegen eines nach Art. 230. des CGBuchs zu bestrafenden Diebstahls anhängigen Untersuchung wendete der Staatsanwalt gegen das Verweisungserkenntniß des Criminalgerichts, welches in demselben nur ein Verbrechen zweiter Klasse angenommen und hiernach die Hauptverhandlung vor das Criminalgericht verwiesen hatte, während der Staatsanwalt wegen vorliegenden Rückfalls ein Verbrechen erster Klasse angenommen und hiernach die Hauptverhandlung vor den Gerichtshof gewiesen wissen wollte, Nichtigkeitsbeschwerde deßhalb ein, es wurde solche aber durch Erkenntniß des OAGerichts vom 25. Jan. 1855 (Nr. 11.) aus folgenden Gründen als unbegründet verworfen:

„Nach Art. 2. der StPOrdnung solle, wenn für die Frage, ob ein Verbrechen erster oder zweiter Klasse oder ein Vergehen vorliege und die Straffätze entscheidend wären, die Möglichkeit, daß wegen Rückfalls der höchste gesetzliche Straffatz überschritten werden könne, nicht berücksichtigt werden, ausgenommen den Rückfall in denjenigen Fällen, wo seinetwegen in dem besonderen Theil des StGBuchs ein besonderer Straffatz aufgestellt sei. Erwäge man nun, daß nach der Vorschrift des Art. 58. im ersten allgemeinen Theil des CGBuchs die Strafe des Rückfalls in einer Erhöhung bezüglich Verschärfung derjenigen Strafe bestehe, welche das Verbrechen getroffen haben würde, wenn es zum ersten Male von derselben Person begangen worden wäre, daß also in diesem Falle die Strafe des Rückfalls von der Strafe des zum ersten Male begangenen Verbrechens abhängig sei und nach dieser abgemessen werde, während im besonderen Theile des CGBuchs bei manchen Verbrechen (z. B. in Artt. 165. 240. alin. 2., 306. a. E.) für den Rückfall ein besonderer für sich bestehender und von der Strafe des zum ersten Male begangenen Verbrechens ganz unabhängiger Straffatz aufgestellt sei, so könne es nicht zweifelhaft sein, daß die zuletzt erwähnten Fälle diejenigen wären, bei welchen in dem besonderen Theile des StGBuchs ein besonderer Straffatz aufgestellt sei, und welche als Ausnahme von der obigen Regel, daß der Rückfall nicht zu berücksichtigen sei, gelten sollten. Diese Ausnahme finde mithin, was die Strafen des Diebstahlsrückfalls betreffe, nur beim zweiten Satze des Art. 240. des CGBuchs statt, während der erste Satz dieses Artikels nach Obigem keinen besonderen Straffatz aufstelle, sondern nur eine Verschärfung der Strafe des ersten Diebstahls bezüglich eine Verbüßung derselben in der höheren Strafart vorschreibe. Sei aber hier von Anwendung des zweiten Satzes des Art. 240. keine Rede, indem die Staatsanwaltschaft nur die Möglichkeit der Verbüßung der nach Art. 230. des CGBuchs verwirkten Arbeitshausstrafe im Zuchthause im Auge habe, so müsse bei Klassificirung des vorliegenden Verbrechens der Rückfall ganz außer Betracht bleiben und der im Art. 230. des CGBuchs aufgestellte Straffatz von höchstens einjährigem Arbeitshause entscheidend sein, wornach die That sich als Verbrechen zweiter Klasse qualificire, zu dessen Aburtheilung das Criminalgericht zuständig sei."

XXXVI.

1) Über die Beweiskraft der Protocolle bei Hauptverhandlungen. (Artt. 262. 263. der StPOrdnung.)
2) Über die Zulässigkeit von Entlastungszeugen, welche sich späterhin noch als Verbrechens-Genossen herausstellen und gegen welche die Anklage noch miterstreckt wird.

In einer gegen Johann H. und Genossen zu D. wegen Meineides anhängigen Untersuchung waren durch Beschluß der Anklagekammer des Herzogl. Oberlandesgerichts zu D. vom 8. Juli 1854 fünf der Angeklagten in den Anklagestand versetzt, gegen drei derselben aber war die Versetzung in den Anklagestand nicht verfügt worden, weil ein dringender Verdacht gegen sie nicht vorliege. Gegen diesen Beschluß wendete der Oberstaatsanwalt das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde ein und beantragte, daß auch gegen diese drei Mitangeklagten auf die Versetzung in den Anklagestand wegen Meineids eventuell wegen leichtsinnigen Eides erkannt werde. Dieß ist auch durch OAGErkenntniß vom 10. August 1854 (No. 162.) geschehen und, nachdem in den deßfallsigen Gründen zunächst die Größe des auch gegen diese drei Angeklagten wegen Meineids vorliegenden Verdachts — sie sollten in einer vor dem Kreisgericht zu D. am 9. Dec. 1852 abgehaltenen Hauptverhandlung wegen Körperverletzung unter Beziehung auf den vorschriftsmäßig geleisteten Zeugeneid mehrere falsche Angaben gemacht haben — geprüft worden, weiter Folgendes bemerkt:

„Hieraus gehe schon ein dringender Verdacht hervor, daß auch die Aussagen der jetzt nachträglich angeklagten drei Personen nicht nur objectiv unrichtig, sondern auch zur Begünstigung des — der Körperverletzung — beschuldigten H. wider besseres Wissen und Gewissen erstattet wären. Es behaupteten auch namentlich die beiden Mitangeklagten Louise H. und Johanne E. gar nicht, daß ihre in jener Untersuchung niedergeschriebenen Aussagen richtig seien, vielmehr gäben sie jetzt selbst deren Unwahrheit in einzelnen Puncten zu, föchten aber die Richtigkeit des früher in dieser Untersuchung über die Zeugenaussagen geführten Protocolls an und wollten nicht so ausgesagt haben, wie sie nach diesem Protocoll ausgesagt haben sollten. Es lasse sich nun allerdings nicht verkennen, daß diese Protocolle bezüglich der einzelnen Zeugenaussagen keine volle Beweiskraft hätten. Bei dem jetzt geltenden mündlichen Verfahren ruhe keineswegs ein vorzügliches Gewicht auf den Protocollen, nicht auf die Protokolle und deren Inhalt hin werde das

„Schuldig" oder „Nichtschuldig" ausgesprochen, sondern auf die mündlichen Verhandlungen hin, über die Vernehmung der Zeugen brauche das Protocoll nicht ausführlich zu sein, sondern hierüber nur das Wesentliche kürzlich zu enthalten, nur der Verlauf der Hauptverhandlung im Allgemeinen solle aus dem Protocoll hervorgehen; das Protocoll brauche dem Vernommenen nicht vorgelesen zu werden, es bedürfe nicht ihrer Genehmigung (Artt. 262. 263. der StPO.). Das Protocoll bilde mithin auch ihnen gegenüber nicht ohne Weiteres einen Beweis. Sollten vielmehr ihre Aussagen Behufs einer Anklage wegen Meineids gegen sie festgestellt werden, so wären über diese Aussagen Separatprotocolle aufzunehmen, ihnen vorzulesen und von ihnen zu genehmigen gewesen. Demungeachtet müsse man sich doch überzeugen, daß aus den Protocollen eine große Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit derselben hervorgehe, eine solche Wahrscheinlichkeit, welche mindestens zur Begründung eines dringenden Verdachts unrichtig gemachter Aussagen gegen diese Zeugen ausreiche ꝛc."

„Hieran könne es nichts ändern, daß die jetzt nachträglich angeklagten drei Personen in dem früheren Verweisungsbeschluß vom 20. August 1853 als Exculpationszeugen für die früher angeklagten fünf Personen rechtskräftig zugelassen worden wären, daß sie aber als Exculpationszeugen wegfallen müßten, wenn sie nun ebenfalls als Complicen desselben Verbrechens in Anklagestand versetzt würden. Denn die Rechtskraft eines Erkenntnisses auf Zulässigkeit von Zeugen könne natürlich nicht hindern, daß diese Zeugen durch später eintretende oder zur Sprache kommende Umstände doch noch unzulässig würden; es könne den jetzigen drei Zeugen nicht eine Zusicherung der Unantastbarkeit oder der Straflosigkeit dadurch ertheilt worden sein, daß sie früher als zulässige Zeugen erkannt worden wären, und auch den früher Angeklagten sei ein unumstößliches Recht auf Unantastbarkeit und Straflosigkeit ihrer Exculpationszeugen nicht ertheilt worden. Im Gegentheil würde es sehr unangemessen sein, wenn man für die früher Angeklagten solche Exculpationszeugen zulassen und vereiden wollte, von welchen man sich sofort überzeugen müsse, daß sie mit ihnen in pari reatu und, vorausgesetzt, daß das Verbrechen begangen worden, Complicen von ihnen wären."

XXXVII.

Über den Begriff einer „fremden" beweglichen Sache bei dem Verbrechen der Veruntreuung zu Art. 232. des StGBuchs.

Dem Einwohner Joh. Adam B. zu K. waren auf Antrag des Rechnungsamtes zu K. wegen rückständiger fiscalischer Gefälle ein Paar Stiere abgepfändet, ihm aber vor der Hand noch zur Fütterung und Abwartung in seinem Stalle gelassen worden. Er hatte sie dann ohne Vorwissen und Genehmigung des Rechnungsamts zu K. veräußert, auf deßfallsige Anzeige die Staatsanwaltschaft das Verbrechen der Veruntreuung in dieser Handlungsweise des B. gefunden und deßhalb Anklage gegen ihn erhoben, welche aber von dem rc. Kreisgericht zu E. zurückgewiesen worden war, weil die veräußerten Stiere dem B. gegenüber noch nicht als eine „fremde" Sache anzusehen gewesen wären. Gegen diese Entscheidung wendete die Staatsanwaltschaft das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 208. Ziff. 5. der StPOrdnung ein, es ist aber dieselbe durch OAGErkenntniß vom 29. Juni 1854 als unbegründet verworfen worden unter Geltendmachung folgender Gründe:

„Bei Beurtheilung des vorliegenden Rechtsmittels handle es sich allerdings um Auslegung des Strafgesetzes; es werde nämlich nicht bestritten, daß der Angeklagte, der Auspfändung ungeachtet, zur Zeit der That Eigenthümer der fraglichen Stiere gewesen sei, und die Staatsanwaltschaft behaupte bloß, daß letztere für ihn durch die Auspfändung eine fremde Sache im Sinne des Art. 232. des StGBuchs geworden seien, indem damit der juristische Besitz und das Recht der Veräußerung, der Übertragung des Eigenthums an den Ersteher auf das Rechnungsamt übergegangen und der Angeklagte nur Inhaber derselben im Namen des Rechnungsamts geblieben sei. Es frage sich also lediglich, welchen Begriff der Gesetzgeber mit dem Ausdruck: „fremde Sache" habe bezeichnen wollen?"

„Das Rechtsmittel sei daher formell zulässig, in materieller Hinsicht aber offenbar unbegründet."

„Die Veruntreuung sei nämlich eben so wie der Diebstahl ein Verbrechen gegen fremdes Eigenthum; so wie Niemand eine ihm eigenthümlich zugehörige Sache stehlen könne (StGBuch Art. 214.), so wenig sei daran eine Veruntreuung möglich. Letztere könne insbesondere kein Vergehen gegen fremden Besitz sein, da sie ja gerade vom Be-

sitzer oder Detentor der Sache begangen werde; unter einer „fremden" Sache könne daher hier nur eine solche verstanden sein, an welcher das Eigenthum einem Anderen zustehe. Wenn daher auch das Rechnungsamt juristischer Besitzer, die abgepfändeten Stiere und der Angeklagte nur Inhaber derselben in fremdem Namen gewesen wäre, so habe Letzterer daran dennoch keine Veruntreuung begehen können, weil das Eigenthum ihm zugestanden habe und deßhalb keine fremde Sache in Frage gewesen wäre. Hiergegen könne nicht eingewendet werden, daß nach dieser Theorie der Eigenthümer, welcher einen seinem Gläubiger zum Faustpfand gegebenen Gegenstand widerrechtlich wieder an sich nehme, nicht als Dieb, sondern höchstens wegen Selbsthülfe gestraft werden könne. Letzteres sei zwar unzweifelhaft die Meinung des Gesetzgebers im Art. 196. des StGBuchs, diese mildere Bestrafung habe aber auch ihren guten Grund. Denn wer fremdes Eigenthum sich aneigne, stehe offenbar auf höherer Stufe der Strafbarkeit als derjenige, welcher sich an seinem Eigenthum ein dem Dritten zustehendes Recht anmaaße."

„Sollte es nun aber auch im vorliegenden Falle überhaupt an einem Strafgesetz fehlen, so würde auch dieses nicht als Einwand gegen obige Theorie gebraucht werden können, weil der vorliegende Fall, daß die abgepfändeten Gegenstände in der Detention des Schuldners gelassen werden, gar nicht vorzukommen brauche, und deßhalb keine gesetzliche Vorsorge nöthig mache."

XXXVIII.

Sind Beleidigungen und Verläumdungen gegen Rechtsanwälte als gegen im öffentlichen Dienst angestellte Personen begangen anzusehen und durch deren amtliche Vorgesetzte zu verfolgen? (Art. 370. der StPOrdnung.)

Dem Rechtsanwalt M. zu S. waren von dem ꝛc. W. zu G. in verschiedenen Briefen ehrenrührige Beschuldigungen gemacht worden, dieselben zur Kenntniß des Herzogl. Appellationsgerichts zu H. gelangt und diese Behörde hatte die Staatsanwaltschaft veranlaßt, deßhalb Anklage gegen den W. zu erheben. Derselben wurde durch Verweisungserkenntniß des Kreisgerichts zu S. stattgegeben, der Angeklagte wendete dagegen das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde unter anderm auch deßhalb ein, weil ein nicht zuständiges Gericht für zuständig angenommen worden sei, diese Nichtigkeitsbeschwerde aber durch OAGEr=

kenntniß vom 1. März 1855 (No. 22.) verworfen und in Beziehung auf den vorerwähnten Nichtigkeitsgrund Folgendes bemerkt:

„So weit der Angeklagte behaupte, das Kreisgericht sei deßhalb nicht zuständig, weil ein Rechtsanwalt kein Staatsdiener sei, weil er nicht in Beziehung auf eigentliche Amtsgeschäfte beleidigt sei, wäre die Nichtigkeitsbeschwerde ungegründet. Denn nach Art. 370. der StPOrdnung finde bei solchen Ehrenkränkungen, welche bei im öffentlichen Dienst angestellten Personen durch deren amtliche Vorgesetzte verfolgt würden, das eigenthümliche Verfahren bei Ehrenkränkungen des 19. Kap. der StPOrdnung nicht Statt, sondern vielmehr das ordentliche Strafverfahren. Nun gehörten aber zu den im öffentlichen Dienst angestellten Personen, für welche die Amts= und Aufsichtsbehörde einschreiten könne, nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze auch die Advokaten (Rechtsanwälte) — Artt. 318. 322. No. 1. verglichen mit Art. 193. No. 2. des StGBuchs — und es komme dabei nichts darauf an, ob die Beleidigung mit Rücksicht auf das Dienstverhältniß oder sonst erfolgt sei. Zum Überfluß würde aber im vorliegenden Falle die Beleidigung in Beziehung auf das Dienstverhältniß erfolgt sein. Es sei nun auch in Gemäßheit des Art. 193. No. 2. des StGBuchs die fragliche Ehrenkränkung von dem Herzogl. Appellationsgericht zu H. als der vorgesetzten Dienstbehörde des Beleidigten durch den Staatsanwalt verfolgt und dieß in der Anklageschrift ausdrücklich angeführt worden, es trete mithin nicht das Verfahren des 19. Kap. der StPOrdnung ein, sondern das ordentliche Strafverfahren, und da wörtliche Beleidigungen nach Art. 189. No. 2. des StGBuchs mit Gefängniß bis zu drei Monaten in thesi bedroht wären, so gehörten sie nach Art. 2. der StPOrdnung nicht zu den Übertretungen, sondern zu den Vergehen, welche nach Artt. 9. 10. u. 13. der StPOrdnung nicht vor den Einzelrichter, sondern vor das Kreisgericht gehörten. Ganz ohne Einfluß hierauf sei es, wenn der Angeklagte noch nachzuweisen suche, daß keiner der im Art. 192. des StGBuchs enthaltenen Erschwerungsgründe hier vorliege; das ändere an der Competenz nichts, sondern sei erst bei der Hauptverhandlung zu erörtern und bei der Endentscheidung in Berücksichtigung zu ziehen."

Dr. Hotzel.

Druck und Verlag von Fr. Frommann in Jena.

Blätter für Rechtspflege
in Thüringen und Anhalt

unter Mitwirkung der Herren

Dr. G. Emminghaus, Dr. Heerwart, Dr. Heimbach, Reinhold Schmid,
Gh. R.Rath in Weimar. Gh. JR. in Eisenach. OAGRath in Jena. KGAssessor in Weimar.

herausgegeben von

Dr. J. Chr. Hotzel,
OAGRath in Jena.

Zweiter Band.

1855. Preis des Jahrgangs 2 Thlr. 20 sgr. Nro. 8.

Abhandlungen über practische Rechtsmaterien.

Wirkung der bloßen Naturalübergabe eines Grundstücks, ohne Concurrenz der gerichtlichen Übereignung.

Die Frage, ob eines Theils in Ermangelung einer in gehöriger Form geschehenen gerichtlichen Bestätigung und Übereignung des Eigenthums eines Grundstücks sowohl nach gemeinem Sächsischen Rechte, auf Grund des

Sächs. Landrechts B. I. Art. 52. decis. 60. v. J. 1661. u. decisio I. v. J. 1746.

als nach besonderm Landesrecht in Folge des:

Großh. S. Gesetzes vom 20. April 1833, die Übertragung des Eigenthums an Immobilien betreffend,

das Eigenthum durch bloße Naturalübergabe übergehe, oder bei dem Veräußerer verbleibe; und ob andern Theils Derjenige, welcher noch nicht durch gehörige gerichtliche Übereignung eines Grundstücks dessen

wahrer Civileigenthümer geworden, gleichwohl als dominus naturalis eine gültige Pfandbestellung vornehmen könne oder nicht, ist noch immer nicht unbestritten; wie noch die Äußerungen solcher Schriftsteller beweisen, welche sich hierüber noch in neuester Zeit ausgesprochen haben [1]). Nicht uninteressant dürfte deßhalb ein, in dem vor dem frühern Stadtgericht zu Auma anhängig gewesenen Ge—schen Concurse im Jahre 1842 in der Oberappellationsinstanz gefälltes Erkenntniß der Juristenfacultät der Universität Halle-Wittenberg sein, welches sich hierüber, namentlich auch mit Hinblick auf unsere specielle Landesgesetzgebung in folgender Weise ausspricht:

„Zwar fehlt es nicht an Lehrern des sächsischen Rechts, welche behaupten, daß eine Pfandbestellung unstatthaft und wirkungslos sei, welche geschehen wäre, ehe noch der Besteller durch gerichtliche Confirmation der Erwerbsurkunde und durch gerichtliche Lehnsreichung und Zuschreibung das s. g. dominium civile oder publicum erworben hatte. Die Ansicht, welcher auch

Roux in der Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verwaltung in Sachsen, Jahrgang 1838. No. XXVI. sub I.

beigetreten ist, gründet sich jedoch nur darauf, daß ohne die gerichtliche Lehnsreichung das Eigenthum überall nicht an Grundbesitz gewonnen werden könne, die Übergabe dagegen nur den Besitz und die conditio usucapiendi sowie die Möglichkeit gewähre, auf diesem Wege dem Mangel eines wahren Eigenthumsrechts an der Sache abzuhelfen. Ob dieß richtig sei, dürfte selbst nach Königlich Sächsischem Rechte, obwohl anscheinend die Worte der

Decisio 61. v. J. 1661. u. decis. 7. v. J. 1746,

dafür sprechen, nicht zweifellos sein, wie denn auch

Haubold, Lehrbuch des Sächs. Privatrechts, §. 186. 187.

sich dahin äußert, daß die Förmlichkeit der Lehnsreichung für die Rechtsverhältnisse der Interessenten unter sich einflußlos sei, und als Folge des dadurch gewonnenen bürgerlichen Eigenthums nicht die Veräußerungs- und Verpfändungs-Befugniß an sich, sondern nur das Recht zu solchen Veräußerungen und Verpfändungen bezeichnet, denen die gerichtliche Bestätigung nicht verweigert werden könne, somit nicht im Verhältnisse zur Sache und zum auctor den Übergang des Eigen-

1) Siehe Gengler, Lehrb. des deutsch. Privatrechts (Erlangen, 1854.) S. 219 fg. Bluntschli, deutsch. Privatrecht (München, 1852.) Bd. I. S. 301 ff. vergl. mit Emminghaus, Pandecten des sächs. Rechts S. 121. 426.

thums, sondern nur im Verhältniß zu Dritten, insbesondere dem Gerichte, die volle sofortige Wirksamkeit des Eigenthumserwerbs von der Lehnsreichung abhängig macht. Vollends aber kann nach dem besonderen Landesrecht gar kein Zweifel obwalten, daß die gerichtliche Übereignung der Grundstücke nicht ein den Eigenthumsübergang bedingendes Essentiale ist, sondern auch die auf rechtsgültigem Titel hier erfolgte Naturalübergabe eines Grundstücks auf den neuen Besitzer das Eigenthum überträgt. Denn durch die „Bestätigung oder sonstige urkundliche Übereignung von Seiten des Gerichts der belegenen Sache und die Eintragung des Besitzers in das Grundbuch des Orts" soll nach

§. 1. des (obenangef.) Gesetzes vom 20. April 1833,

nur „Sicherstellung gegen alle Eigenthumsrechte, welche von den Vorbesitzern, wenn auch früher, doch ohne jene Form, dritten Personen eingeräumt worden sind," gewonnen werden. Damit ist einerseits ausgesprochen, daß das gegenseitige Verhältniß des Erwerbers zum Auctor weder in persönlich-obligatorischer Beziehung noch rücksichtlich der Sache irgend davon berührt und bedingt werde; andererseits kundgegeben, daß diese Formalien nur eine accessorisch cautelarische Bedeutung für die Folgen des geschlossenen Geschäfts haben sollen, keineswegs aber die Voraussetzung sind, unter welcher dasselbe überhaupt nur wirksam werde und juristische Existenz gewinne; endlich ist auch mit den Worten: „doch ohne jene Form" anerkannt, daß Eigenthumsrechte, nicht etwa bloß Ansprüche auf deren Gewährung, selbst bei gänzlich fehlender gerichtlicher Übereignung entständen, die nur gegen den spätern Erwerber, wenn dieser die Cautel einer gerichtlichen Übernahme und Eintragung seines Erwerbs beobachtet hat, mittelst der exceptio rei venditae et traditae nicht geltend gemacht werden könnten, sondern diesem gegenüber als nicht vorhanden, oder doch nicht wirksam zu erachten wären.

Je klarer der Sinn der Gesetzworte ist, bedarf es auch nicht einmal der Bezugnahme auf das, was

Emminghaus in der Zeitschrift für Rechtspflege 2c. in Sachsen, Jahrg. 1839. No. XV. §. IV. Not. 1.

über die Fassung des Entwurfs und über dessen Berathung dahin bemerkt, daß den ursprünglich beliebten Worten: „zur vollgültigen Übertragung des Eigenthums" sei die gerichtliche Bestätigung „erforderlich", die jetzige Fassung substituirt worden sei, weil sonst, was freilich mit dem Worte: „vollgültig" kaum vereinbar scheint, darauf die Meinung

gegründet werden könnte, als ob ohne die gerichtliche Übereignung und vor derselben der neue Besitzer gar keine Eigenthumsrechte an der Sache habe und sowohl der Klage als der Einreden entbehre. Ebensowenig kann es nach der Fassung des §. 1. einem Bedenken unterliegen, darin dem allegirten Schriftsteller beizustimmen, wenn er in der Note 8. und 10. den §. 3. des gedachten Gesetzes, dahin lautend: „Neben der in §. 1. bestimmten Form bedarf es der Übergabe des Besitzes zur Übertragung des Eigenthums nicht", dahin erklärt, daß damit nicht die gemeinrechtliche Wirkung der bloßen traditio rei ausgeschlossen, sondern nur die Nothwendigkeit einer Concurrenz von traditio rei extrajudicialis und cessio juris judicialis aufgehoben sei."

Adv. Steinberger.

Zur Lehre von den Nichtigkeiten im Strafprocesse. Nach „Erkenntnissen des OAGerichts in Jena."

Mitgetheilt vom Herrn Oberstaatsanwalt Albrecht in Hildburghausen.

II.*) Zu Artt. 207. u. 208. der StPOrdnung.

1) Wenn der Angeklagte in der Ausführungsschrift (nach Ablauf der Einwendungsfrist) das Verweisungserkenntniß noch deßhalb anficht, weil die Sache nicht vor das Kreisgericht gehöre, so ist dieser Nichtigkeitsgrund in der Einwendungsschrift gar nicht berührt und daher versäumt. (Untersuchungssache c. M. Höhn, 18. Dec. 1852.)

2) Der Angeklagte hat zwar bei mündlicher Einwendung der Nichtigkeitsbeschwerde, welche dann nicht weiter ausgeführt worden ist, die einzelnen Nichtigkeitsgründe nicht angegeben, wie solches doch im zweiten Absatze des Art. 207. der StPOrdnung vorgeschrieben ist. Allein da er zugleich erklärte, alles das wiederholt haben zu wollen, was schon in den Acten vorliege, so hat es kein Bedenken, diejenigen Nichtigkeitsgründe, welche früher durch seinen Vertheidiger, wiewohl vor ordnungsmäßiger Publication des Verweisungserkenntnisses, aufgestellt worden, als wiederholt und der nunmehr erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde zu Grund liegend anzusehen. (US. c. Jacob, 8. October 1853.)

3) Der für die Nichtigkeitsbeschwerde angeführte Grund: „es sei

*) Der Abschnitt unter I. ist weggelassen worden, weil der S. 244. Bd. I. d. Bl. ersichtliche Bericht dasselbe Referat enthält. Anm. des Redacteurs.

gegen gesetzliche Vorschriften gefehlt worden", kann, als zu allgemein aufgestellt, nicht berücksichtigt werden, da dabei nicht angegeben wurde, gegen welche gesetzliche Vorschriften, bei denen die Strafe der Nichtigkeit angedroht ist, gefehlt worden sein soll. (US. c. Höhn, 18. Dec. 1852.)

4) Auch der Grund: „weil die dem Angeschuldigten zur Last gelegte That ohne hinreichenden gesetzlichen Grund für ein Verbrechen angesehen worden ist", ist zu allgemein vorgeschützt, da man daraus nicht abnehmen kann, ob der Angeklagte die Existenz des Gesetzes (Artt. 217. u. 34. des StGBuchs) in Abrede stellen, oder ob er dessen unrichtige Auslegung behaupten, oder ob er nur den Beweis der factischen Voraussetzungen dieser Strafbestimmungen anfechten will, in welchem letzteren Falle ohnehin eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht Statt finden würde. (ibid.)

5) Den für die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Verweisungserkenntniß vorgebrachten Grund, „daß die Anklage nicht kurzhin verworfen worden", hat die StPOrdnung Art. 208. nicht als Nichtigkeitsgrund anerkannt. Wollte damit behauptet werden, daß die in Frage stehende That mit Unrecht für ein Verbrechen gehalten worden, während kein einschlagendes Strafgesetz vorhanden sei (Art. 208. No. 5.), so hätte dieß bestimmt angegeben und das Gesetz, welches mit Unrecht angewendet worden, bezeichnet werden müssen. (US. c. Jacob, 8. Oct. 1853.)

6) Der Beschwerde des Angeklagten, daß in dem Verweisungserkenntniß, welches bloß die Beiziehung der von der Staatsanwaltschaft bezeichneten Urkunden (Acten) verordnet hatte, auf die Zuziehung der von dem Angeklagten angeführten Schriftstücke (in denselben Acten) nicht erkannt worden sei, wurde nicht Statt gegeben. Eine solche Beiziehung der Acten auf Antrag des Angeklagten ist nämlich gar nicht nöthig. Denn die betreffenden Acten müssen schon hinsichtlich anderer darin vorkommender Stellen auf Antrag der Staatsanwaltschaft zur Hauptverhandlung beigezogen werden, und es war dieß auch durch das Verweisungserkenntniß schon ausgesprochen. Sind aber die Acten in der Hauptverhandlung einmal vorhanden, so können sie von beiden Theilen angezogen und benutzt werden. Das Verweisungserkenntniß hat nicht zu bestimmen, auf welche Weise und wieweit die Beweismittel benutzt werden sollen, sondern bloß: welche Beweismittel zur Stelle geschafft werden sollen. Der Angeklagte braucht auch nach dem ersten

Absatze des Art. 196. der StPOrdnung bloß diejenigen Beweismittel anzugeben, welche er außer den von der Staatsanwaltschaft bezeichneten gebraucht wissen will. (ibid.)

In einem andern Falle wurde im Verweisungserkenntnisse auf „Beiziehung der vom Staatsanwalte bezeichneten Beweismittel", nämlich zwei Zeugen, erkannt. Auf die nämlichen Zeugen hatte sich der Angeklagte berufen. Derselbe glaubte aber, daß, weil das Erkenntniß bloß auf Beiziehung der vom Staatsanwalte bezeichneten Beweismittel lautete, die Zeugen als seine Beweismittel aberkannt seien, und ergriff dagegen das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde. Diese mußte verworfen werden, denn von einer Aberkennung jener Zeugen kann nicht die Rede sein, da es nach Art. 241. der StPOrdnung dem Angeklagten unbenommen ist, an die Zeugen ausdrückliche Fragen in seinem Interesse stellen zu lassen. (US. c. Reiß, 9. Dec. 1853.)

III. Zu Art. 213.

Ein Angeklagter wendete gegen den Strafbescheid des Einzelrichters Appellation aus dem Nichtigkeitsgrund des Art. 208. No. 1. ein und wiederholte gegen das ihm ungünstige Erkenntniß des Kreisgerichts aus dem nämlichen Grunde die Nichtigkeitsbeschwerde. Diese Beschwerde erscheint zulässig. Zwar ist dieser Nichtigkeitsgrund nur gegen das Verweisungserkenntniß geltend zu machen, und er gilt, wenn er nicht gegen das Verweisungserkenntniß vorgebracht wird, nach Art. 213. der StPOrdnung als durch Verzicht beseitigt, weßhalb er auch nicht unter den Nichtigkeitsgründen gegen Endegerkenntnisse in Art. 306. der StPOrdnung aufgeführt wird; allein da bei bloßen Übertretungen Verweisungserkenntnisse nach Art. 345. der StPOrdnung gar nicht vorkommen, so kann auch nicht davon die Rede sein, daß der Nichtigkeitsgrund des Art. 208. Nr. 1. als durch Verzicht beseitigt anzusehen sei, er konnte vielmehr gar nicht früher geltend gemacht werden. (US. c. Heinecke, 16. Dec. 1852.)

IV. Zu Art. 306.

1) Der von einem Angeklagten geltend gemachte Nichtigkeitsgrund, daß das Kreisgericht (welches in zweiter Instanz erkannte) überhaupt nicht mit der verfassungsmäßigen Zahl von vier Personen besetzt gewesen sei, wurde für unbegründet erachtet. Denn wenn die StPOrdnung Art. 306. No. 1. eine Nichtigkeit annimmt, falls das urtheilende Kreisgericht nicht gehörig besetzt war, so ist dieß nicht auf die Besetzung

dieser Behörde im Allgemeinen, sondern auf die Besetzung der Gerichtsbank im einzelnen Fall zu beziehen. (US. c. Gg. Seifert, 27. Oct. 1852.)

2) Eben so wurde eine Beschwerde, daß die Gerichtsbank (mit dem Kreisgerichts-Vorstand, einem Assessor und einem Referendär) nicht gehörig besetzt gewesen sei, als unbegründet verworfen, da das Erkenntniß von drei Richterpersonen gefaßt worden war und es nach der StPOrdnung nicht darauf ankommt, ob diese Personen wirkliche fest angestellte Assessoren sind, indem nach Art. 13. der StPOrdnung zu Entscheidungen des Kreisgerichts nur die Mitwirkung dreier richterlichen Personen, wozu nach Art. 11. Abs. 2. auch Ergänzungsrichter aus den zum Richteramte befähigten Personen und den angestellten Sachwaltern genommen werden können, erforderlich ist. (US. c. Heller, 3. Juni 1853.)

3) Der auf Art. 306. No. 3. der StPOrdnung gestützte Nichtigkeitsgrund kann nur berücksichtigt werden, wenn zugleich näher angegeben ist, inwiefern in der Hauptverhandlung von dem Gerichte oder bei der Fällung des Endurtheils gegen gesetzliche Vorschriften gefehlt wurde, bei welchen die Strafe der Nichtigkeit durch das Gesetz ausdrücklich angedroht ist. (US. c. H. Schubert, 26. Jan. 1853.)

4) Auch die Nichtigkeitsbeschwerde, die auf Grund des Art. 306. No. 6. u. 8. eingewendet wird, fordert nähere Angabe, inwiefern nach diesen gesetzlichen Bestimmungen eine Nichtigkeit in den vorigen Instanzen begangen worden sein soll, außerdem würde sie schon wegen mangelnder bestimmter Anführung eines einzelnen Nichtigkeitsgrundes nach Art. 307. der StPOrdnung unstatthaft sein. (US. c. V. Bauer, 26. Mai 1853.)

5) Gegen das Erkenntniß des Kreisgerichts als zweiter Instanz, „daß der Angeschuldigte mit Strafe und Kosten zu verschonen", erhebt der Angeklagte Nichtigkeitsbeschwerde, weil ungeachtet seines Antrags der Staatsfiscus nicht nach Vorschrift des Art. 365. alin. 2. der StPOrdnung in die Vertheidigungskosten der Appellationsinstanz verurtheilt worden sei. Allein dieser Nichtigkeitsbeschwerde steht entgegen, daß die StPOrdnung eine Nichtigkeitsbeschwerde wegen unrichtiger Entscheidung über den bloßen Kostenpunct überall gar nicht kennt und insbesondere die Nichtigkeitsgründe des Art. 306. No. 5. 6. oder 7. der StPOrdnung auf Entscheidungen über die Kosten nicht passen. (US. c. Ehrhardt u. Oberender, 27. Juli 1853.)

V. Zu Art. 320.

Nichtigkeitsgründe müssen einzeln und bestimmt angegeben werden und zwar in der für die Einwendung bestimmten Frist. Einem deßfallsigen Mangel wird dadurch nicht abgeholfen, daß noch in der Ausführungsschrift, nach Ablauf jener Frist, der Nichtigkeitsgrund specialisirt wird. (vgl. unten unter VII. 2—4.)

VI. Zu Art. 329.

Ein Erkenntniß zweiter Instanz kann aus dem Grunde, daß darin die anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen nicht angeführt sind, nicht für nichtig angesehen werden, wenn es die Entscheidung erster Instanz lediglich bestätigt und in dieser die einschlagenden gesetzlichen Vorschriften bereits angeführt worden sind, denn die Bestätigung enthält eine Wiederholung dieser Vorschriften. (US. c. Schubert, 26. Jan. 1853.)

VII. Zu Artt. 332. u. 333.

1) S. Malsch, von der Wittwe Heller mit Generalvollmacht versehen, dieselbe in ihren sämmtlichen persönlichen und Vermögensverhältnissen zu vertreten, an ihrer Statt Processe zu führen &c., bevollmächtigte den Rechtsanwalt H. weiter zur Erhebung und Durchführung einer Klage gegen B. Heller wegen Beleidigung der Gewaltgeberin. Der Rechtsanwalt H. brachte demgemäß eine Anklage ein, es wurde darüber verhandelt und der Angeklagte schließlich vom Einzelrichter in eine Geldstrafe verurtheilt. Auf Appellation des Angeklagten, die darauf ging, daß in der vorwürfigen Handlung eine Beleidigung gefunden worden sei, sprach das Kreisgericht, das erstinstanzliche Erkenntniß wieder aufhebend, den Angeklagten frei und zwar deßhalb, weil kein Strafantrag von einem Generalbevollmächtigten gestellt werden könne und die durch Auftreten eines unberechtigten Anklägers erzeugte Nichtigkeit von Amtswegen in Berücksichtigung zu ziehen sei. Hiergegen ergriff der Rechtsanwalt H. für die Anklägerin das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde. Das OAGericht vernichtete den 28. Juli 1852 das Urtheil des Kreisgerichts und verordnete, daß auf die eingewendete Appellation nochmals vor dem Kreisgerichte zu verhandeln und zu entscheiden sei.

„Der Rechtsanwalt H." — heißt es in den Entscheidungsgründen — „ist nämlich als Bevollmächtigter der Anklägerin ausreichend gerechtfertigt. Der Art. 373. der StPOrdnung erfordert, daß ein Be-

vollmächtigter sich über seinen Auftrag ausweise, ohne über die Art und Weise, wie dieß geschehen müsse, etwas Näheres zu bestimmen. Es kommt daher nur darauf an, daß der Richter die Überzeugung von der Bevollmächtigung erlange, ohne daß eine besondere Form derselben erforderlich ist, und es ist daher auch nicht gerade eine Specialbevollmächtigung für nothwendig zu erachten, sondern selbst eine Generalbevollmächtigung, wenn sie sonst gehörig geeigenschaftet ist, für zureichend zu halten. Wenn nun nicht zweifelhaft sein kann, daß Ehrenverletzungen zu den persönlichen rechtlichen Angelegenheiten des Verletzten gehörig sind, sodann die dem S. Malsch von der Anklägerin ausgestellte Generalvollmacht ausdrücklich auf sämmtliche persönliche Angelegenheiten derselben, folglich auch auf deren etwaige Ehrenhändel gerichtet ist, gedachter Malsch hiernächst weiter den Rechtsanwalt H. speciell bevollmächtigt hat, so ist die Proceßrechtfertigung des letzteren für genügend anzunehmen. Da hiernach das kreisgerichtliche Urtheil die Bevollmächtigung des Rechtsanwalts H. mit Unrecht nicht für erbracht angenommen resp. der Anklägerin die Strafverfolgung durch ihren genugsam gerechtfertigten Bevollmächtigten in dem vorliegenden Strafverfahren überall versagt hat, so ist der im Art. 306. Nr. 4. der StPO. berührte Fall der Nichtigkeit vorhanden, der Fall also, daß Endurtheile als nichtig angefochten werden können, falls dem Ankläger bei der Hauptverhandlung Befugnisse oder Proceßverhandlungen gesetzwidrig beschränkt oder versagt worden, welche als Mittel der erlaubten Strafverfolgung anzusehen sind. Diese Nichtigkeit ist aber, indem das vorige Urtheil von Amtswegen die Bevollmächtigung für ungenügend erachtete, eine erst in der Appellationsinstanz begangene und fällt daher weiter unter die Vorschriften der Artt. 332 u. 333. No. 3. der StPO. Daß Art. 306. Nr. 4. der StPO. eine Rechtsversagung ungeachtet eines an das Gericht gestellten ausdrücklichen Antrags erfordert, und ein solcher Antrag hier zu fehlen scheint, kann der Nichtigkeit nicht entgegentreten, weil die ganze Rechtsverfolgung durch den Bevollmächtigten der Anklägerin den Antrag auf dessen Zulassung von selbst in sich faßt. Die Folge der Nichtigkeit des vorigen Urtheils ist nach Art. 333. der StPO., daß nochmalige Verhandlung in der Appellationsinstanz vor dem Kreisgerichte eintreten muß, wobei nach dem Schlußsatze des Art. 313. der StPO. das Kreisgericht die Entscheidung des OAGerichts als maßgebend zu betrachten, folglich den Bevollmächtigten als zum Proceß gerechtfertigt anzusehen hat."

2) In einem Falle ergriff der Angeklagte gegen das Erkenntniß des Einzelrichters das Rechtsmittel der Appellation, „weil er in Strafe und Kosten verurtheilt worden sei"; Nichtigkeitsgründe stellte er dabei nicht auf. In einem zweiten Falle wendete der Angeklagte wider das condemnatorische Erkenntniß des Einzelrichters, ohne Namhaftmachung einzelner Beschwerdepuncte, allgemein „Appellation ein." In beiden Fällen erkannte das Kreisgericht auf Cassation der Erkenntnisse erster Instanz, da der vorige Richter durch unterlassene förmliche Vereidung der Zeugen, denen nach ihrer Vernehmung nur eidliches Handgelöbniß abgenommen worden war, rücksichtlich durch Nichtangabe der auf den Angeklagten anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen nach Art. 346. No. 7. vgl. mit Art. 237. al. 2. resp. nach Art. 258. der StPO. nichtig gehandelt habe. Zwar — bemerkt das Kreisgericht in den Entscheidungsgründen weiter — seien von den Angeklagten diese Nichtigkeitsgründe nicht hervorgehoben worden, allein es sei auch dem Richter zweiter Instanz durch Art. 320. der StPO. nicht verboten, vorhandene Nichtigkeitsgründe von Amtswegen zu berücksichtigen, denn Art. 317. der StPO. lasse Appellationen aus Nichtigkeitsgründen ausdrücklich zu und eine allgemein eingewendete Appellation solle nach Art. 320. der StPO. als gegen alle einzelnen Theile des Erkenntnisses gerichtet angesehen werden.

Gegen die cassatorische Entscheidung zweiter Instanz legte die Staatsanwaltschaft ihrerseits auf Grund des Art. 332. No. 2. vergl. mit Art. 348. Abs. 6. der StPO. Nichtigkeitsbeschwerde ein. Zur Rechtfertigung dieses Rechtsmittels wurde angeführt: „Der Appellationsrichter dürfe keinen vom Angeklagten nicht ausdrücklich bezeichneten Nichtigkeitsgrund von Amtswegen oder in Folge der allgemein eingewendeten Appellation geltend machen. Denn die Vorschrift des Art. 320. der StPO., daß Nichtigkeitsgründe einzeln bestimmt angegeben werden müßten, müsse nothwendig die Folge haben, daß Nichtigkeitsgründe, die der Appellant nicht geltend gemacht habe, auch nicht beachtet werden könnten; die an der nämlichen Stelle ausgesprochene Zulässigkeit einer allgemein eingewendeten Appellation beziehe sich nur auf andere Beschwerdepuncte, auf die eigentlichen Appellationsbeschwerden (Beweis, Strafzumessung, Privatansprüche und Kosten). Zwar sei die Frage aufgeworfen worden, ob nicht die betreffende Disposition des Art. 320., eine allgemein eingewendete Appellation solle so angesehen werden, als sei sie gegen alle einzelnen Theile des Urtheils, die

gegen den Appellanten gehen, gerichtet, auch auf Nichtigkeiten zu beziehen sei (Busch in den neuen Jahrb. für sächs. Strafrecht Bd. 6. S. 364.), eine derartige Interpretation werde indessen theils durch den unmittelbaren Zusammenhang, in dem die Bestimmung mit den Worten: „wegen anderer beschwerender Puncte" stehe, theils durch das vor diesen Worten befindliche Semicolon unmöglich gemacht, indem hiernach die Absicht des Gesetzgebers nur auf die Appellation aus s. g. eigentlichen Appellationsgründen gerichtet sein könne. Diese Auslegung finde nun auch sowohl in der Natur des Anklageprocesses überhaupt (vergl. Verhandl. der Kammer der Reichsräthe des Königr. Baiern v. J. 1850 4ter Beilagen-Band S. 402.), als in den Bestimmungen anderer StPOrdnungen, sehr wesentliche Stützpuncte und eben so ständen ihr specielle innere Gründe zur Seite. Denn der Zweck der Rechtsmittel bestehe bekanntlich für den, der sich ihrer bediene, nur darin, eine günstigere Lage herbeizuführen, als diejenige sei, in welcher er durch das anzufechtende Erkenntniß versetzt worden, also in der Förderung seines Interesses; dieses Interesse würde aber, wollte man dem Gericht das Recht einräumen, über den ausdrücklich erklärten Willen des Beschwerten hinaus die Vernichtung des Urtheils aussprechen, in dem einzelnen Fall oft geradezu gefährdet werden. Namentlich gelte dieß bezüglich des Angeklagten, der sicherlich sehr häufig lieber ein nichtiges Urtheil gegen sich gelten lassen, als sich den Unannehmlichkeiten und Gefahren einer in den meisten Fällen eintretenden anderweiten Verhandlung aussetzen werde. Ganz anders gestalte sich das Verhältniß bei der Aufhebung eines Erkenntnisses aus andern, als Nichtigkeitsgründen; bei dieser könne der Appellirende nur gewinnen, das Erkenntniß möge auf einen Grund gestützt sein, auf welchen es wolle, und es rechtfertige sich daher vollkommen, wenn der Gesetzgeber in so weit auch eine allgemein eingewendete Appellation für statthaft erkläre. Derselbe Grund, welcher dort gegen die Ausdehnung der richterlichen Thätigkeit spreche — der präsumtive Wille des Appellanten — spreche hier für solche."

Das OAGericht hat die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde als ohne Angabe eines gesetzlichen Nichtigkeitsgrundes eingewendet verworfen, aus folgenden Gründen:

„In dieser Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft vermißt man gänzlich die Angabe eines Nichtigkeitsgrundes. Zwar wird darin gesagt, die Nichtigkeitsbeschwerde werde eingewendet auf Grund des

Art. 332. No. 2. vergl. mit Art. 348. der StPOrdnung. Allein weder Art. 332., noch Art. 348., welcher nur für die vor Einzelrichtern verhandelten Sachen auf Art. 332. zurück verweist, enthalten einen Nichtigkeitsgrund. Art. 332. hat gar nicht den Sinn und die Absicht, selbständige Nichtigkeitsgründe aufzustellen, sondern er will nur die verschiedenen Fälle und Combinationen zusammenstellen, in denen im Appellationserkenntnisse Nichtigkeitsgründe vorkommen können, immer aber wird dabei vorausgesetzt, daß ein wirklicher Nichtigkeitsgrund des Art. 306. der StPO., welcher Artikel ausschließlich die Nichtigkeitsgründe gegen Enderkenntnisse enthält, vorhanden sei und angeführt werde. Es liegt namentlich nicht der Fall No. 2. des Art. 332. hier vor, denn der Fall No. 2. setzt ungeachtet seiner etwas allgemeinen Fassung doch dem Sinne und Zusammenhange nach voraus, daß derselbe Nichtigkeitsgrund, welcher gegen das Erkenntniß erster Instanz geltend gemacht worden ist und zu einer Aufhebung desselben geführt hat, nun von der andern Seite her behauptet und geltend gemacht wird; z. B. gegen das Erkenntniß erster Instanz ist auf Grund des Art. 306. No. 2. der StPO. geltend gemacht worden, der Staatsanwalt habe nicht das Verbrechen von Amtswegen verfolgen können, sondern es sei ein Antrag eines Betheiligten nothwendig gewesen, das Appellationserkenntniß ist dieser Ansicht beigetreten und hat darauf hin cassirt, und nun macht der Gegner denselben Nichtigkeitsgrund Art. 306. No. 2. von der andern Seite her geltend, und behauptet, es liege ein Verbrechen vor, welches von Amtswegen zu verfolgen sei; oder, das Erkenntniß erster Instanz hat wegen Nichteristenz eines Strafgesetzes freigesprochen, der Staatsanwalt macht dagegen den Nichtigkeitsgrund des Art. 306. No. 5. geltend, indem er die Eristenz eines Strafgesetzes behauptet, das Appellationserkenntniß theilt diese Meinung und cassirt das freisprechende Erkenntniß, und nun tritt wieder der Angeklagte mit demselben Nichtigkeitsgrunde des Art. 306. No. 5. hervor, und behauptet, es sei kein Strafgesetz vorhanden. So liegt aber im vorliegenden Falle die Sache nicht; die Staatsanwaltschaft macht nicht denselben Nichtigkeitsgrund, nur von der andern Seite her, geltend, aus welchem cassirt worden ist, sie behauptet nicht das directe Gegentheil jenes Nichtigkeitsgrundes, sondern sie ficht das Appellationserkenntniß deßhalb an, weil es auf Nichtigkeit erkannt habe, ohne daß der betreffende Nichtigkeitsgrund vom Angeklagten speciell aufgestellt worden war, weil mithin das Appellationserkenntniß ultra gravamina gegangen sei. Wäre dieß über-

haupt ein Nichtigkeitsgrund, so läge nicht der Fall des Art. 332. No. 2., sondern der Fall des Art. 332. No. 3. vor, daß erst in der Appellationsinstanz eine neue Nichtigkeit begangen worden sei. Allein dieß Hinausgehen über die Beschwerden ist überhaupt kein Nichtigkeitsgrund. Man muß zwar der Staatsanwaltschaft darin beistimmen, daß es dem Gesetze und der Vorschrift des Art. 320. der StPOrdnung nicht entspricht, wenn das Appellationserkenntniß auf Nichtigkeit des erstinstanzlichen Erkenntnisses aus einem Grunde erkennt, welcher vom Appellanten nicht ausdrücklich aufgestellt worden war, indem eine allgemein eingewendete Appellation allerdings nur auf alle einzelnen eigentlichen Appellations-, nicht auf die Nichtigkeitsgründe bezogen und erstreckt werden soll. Allein die Übertretung dieser Vorschrift ist nicht ausdrücklich mit der Strafe der Nichtigkeit bedroht. Nach Art. 306. No. 3. der StPO. begründet aber nicht jede Gesetzwidrigkeit eine Nichtigkeitsbeschwerde, sondern nur eine solche Gesetzwidrigkeit, bei welcher die Strafe der Nichtigkeit ausdrücklich durch das Gesetz angedroht ist. Die Staatsanwaltschaft hat mithin einen gesetzlich anerkannten Nichtigkeitsgrund gar nicht angeführt, wie denn ein solcher gar nicht vorzuliegen scheint." (US. c. Gg. Eckardt u. US. c. Scheidler, 9. Februar 1854.)

3) Der Angeklagte, welcher eine mangelhafte Besetzung des urtheilenden Kreisgerichts weder in der Appellationsinstanz, noch auch in der Einwendungsschrift in weiterer Instanz gerügt hatte, berief sich jetzt in der Ausführung der ans OAGericht erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde auf einen solchen angeblichen Mangel rücksichtlich der Person des bei der Hauptverhandlung als Gerichtsbeisitzer thätig gewesenen Actuars N. und suchte diesen Mangel als Nichtigkeitsgrund zu benutzen. Das OAGericht entschied aber, daß darauf dermalen keine Rücksicht zu nehmen sei, theils weil nur der schon in der Appellationsinstanz vorgelegene Nichtigkeitsgrund zur nochmaligen Entscheidung vorliegen könne, theils weil auch abgesehen hiervon der die Besetzung des Gerichts im einzelnen Falle betreffende Nichtigkeitsgrund, da er nicht in der Einwendung der jetzigen Nichtigkeitsbeschwerde vorgetragen worden, versäumt sei. (US. c. Seifert, 27. Oct. 1852., ingl. US. c. Höhn, 18. Dec. 1853.)

4) Nach Art. 332. sub 1. der StPO. findet gegen die in der Appellationsinstanz gesprochenen Urtheile Nichtigkeitsbeschwerde an das OAGericht unter anderm auch Statt, wenn die Appellation aus Nich-

tigkeitsgründen eingewendet worden war, von dem Appellationsgericht aber nicht auf Nichtigkeit erkannt wurde und nun die Nichtigkeitsbeschwerde wegen der nämlichen Gründe von derselben Partei wiederholt wird. Es wird daher, um das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde an das OAGericht als zulässig erscheinen zu lassen, namentlich vorausgesetzt, daß die Appellation bereits aus solchen Nichtigkeitsgründen eingewendet worden war, welche sodann auch der Nichtigkeitsbeschwerde an das OAGericht zu Grunde liegen. In einem Falle hatte der Angeklagte gegen den erstinstanzlichen Bescheid lediglich Appellation aus dem Grunde eingewendet, weil er in 3 fl. Strafe und in die Kosten verurtheilt worden war, ohne, wie ihm dieß nach Art. 520. vergl. mit Art. 348. der StPO. oblag, innerhalb der zehntägigen Nothfrist diejenigen Nichtigkeitsgründe, welche er gegen die Entscheidung erster Instanz geltend zu machen gemeint war, einzeln und bestimmt anzugeben. Daher konnte auch gegenwärtig von einer weiteren Verfolgung von Nichtigkeitsgründen, welche der Angeklagte bereits in der Appellationsinstanz, jedoch fruchtloser Weise geltend gemacht hätte, vor dem OAGericht nicht weiter die Rede sein. Zwar wurde schon in der Appellations-Rechtfertigungsschrift hervorgehoben, daß es zur Verhängung einer Strafe gegen den Angeklagten an einem einschlagenden Strafgesetz, oder doch an einem gültig erlassenen Strafgesetz fehle, und sonach der nämliche Nichtigkeitsgrund geltend zu machen versucht, auf welchem die nachherige Nichtigkeitsbeschwerde beruht. Allein jene Appellations-Rechtfertigungsschrift war erst nach Ablauf der zehntägigen Nothfrist zu den Acten gekommen, während die Nichtigkeitsgründe in der Appellations-Einwendungsschrift einzeln und bestimmt hätten angegeben werden müssen. Ließ sich mithin überhaupt nicht annehmen, daß die Appellation aus Nichtigkeitsgründen eingewendet worden wäre, so konnte deßhalb auch die Nichtigkeitsbeschwerde nicht wegen der nämlichen Gründe für wiederholt angesehen werden. (US. c. Knor, 7. Juli 1853.)

Über den Begriff der Gewalt im Sinne von Artikel 221. des Strafgesetzbuchs.

Vom Hrn. Staatsanwalt R. Heinze zu Hildburghausen.

I.

1. Am 28. Februar l. J. stand der Schulknabe C. F. Leipold aus Eisfeld wegen ausgezeichneten Diebstahls vor dem Schwurgericht zu Hildburghausen. Er hatte am 17. und 18. Juli 1854 aus der Parterrekammer eines Nachbarhauses baares Geld im Betrag von über 10 Thalern entwendet. Interessant war die Art und Weise der zu Öffnung des verschlossenen Gebäudes von ihm angewandten Gewalt. Das 4½' über dem Erdboden erhabene Fenster, durch welches er einstieg, bestand in seinem untern Theil aus zwei Hälften, einer fest in den Rahmen eingefügten und einer verschiebbaren. Die letztere war vorgeschoben und in die untere Holzrinne, in welcher die bewegliche Hälfte hinter die feste zurückgebracht werden konnte, ein Hölzchen eingeklemmt, welches zerbrochen oder beseitigt werden mußte, bevor das Schiebefenster sich öffnen ließ. Die Glasscheibe der festen Hälfte bestand aus zwei durch einen eingezogenen Bleistreifen verbundenen und in Vereinigung mit demselben den ganzen Raum ausfüllenden Bruchstücken. Leipold durchbohrte dieses Blei am untern Ende mit einer Stopfnadel und wußte hierauf mit deren Spitze das Verleghölzchen zu erfassen und zu entfernen, sodaß das Fenster sich nun bequem aufschieben ließ. In Übereinstimmung mit dem von der Anklagekammer des Herzogl. AGerichts zu Hildburghausen ertheilten Verweisungserkenntniß bejahten die Geschwornen einstimmig die auf Auszeichnung des Diebstahls durch gewaltsames Öffnen verschlossener Räumlichkeiten lautende Schuldfrage.

2. Der Weberlehrling H. Pannewitz von Crock hatte am 3. August 1854 aus dem verschlossenen Nachbarhaus gegen ¾ Pfd. Butter entwendet. Um in die anstoßende, mit den oberen Räumen des Hauses in Verbindung stehende Scheune zu gelangen, öffnete er die verkettete und festzugepflöckte hintere Scheunenthür von außen dergestalt, daß er mit ziemlich starkem Kraft- und einem nicht ganz unbedeutenden Zeit-Aufwand seinen Arm zwischen Thür und Pfoste eindrängte, die eine Seite der untern Thürhälfte aufzwängte, nun innen die Hand empor nach der Kettel führte und an dem hier eingetriebenen Pflock so lange rüt-

telte und lockerte, bis sich derselbe ausheben, die Kettel zurückschlagen ließ. Eine Verletzung oder Beschädigung war der Thür nicht zugefügt worden. Da die Staatsanwaltschaft nach dem Ergebniß der Besichtigung den Diebstahl als einen einfachen ansah, wurde Einstellung der kreisgerichtlichen Untersuchung beantragt. Das Kreisgericht zu Hildburghausen faßte im entgegengesetzten Sinn Beschluß, der von der Staatsanwaltschaft mittelst Recurses an die Anklagekammer des Herz. AGerichts zu Hildburghausen angefochten, von dieser aber bestätigt wurde. Es blieb nun nichts übrig als Erhebung der Anklage unter Hinweisung auf die Veranlassung. Am Schluß der Hauptverhandlung erkannte der Kreisgerichtshof den Angeklagten eines nach Art. 221. al. 1. des Strafgesetzbuchs zu ahndenden, ausgezeichneten Diebstahls für schuldig. Der Verurtheilte unterwarf sich der ausgesprochenen Strafe.

Fast der gleiche Fall ist von dem Herzogl. Justizcollegium zu Coburg und in zwei weiteren Instanzen auf dieselbe Weise entschieden worden.

Blätter für Rechtspflege in Thüringen 1854. S. 423.

Der Dieb hatte hier unter Anwendung ziemlicher Kraft den einen Flügel einer Thür nach außen, den andern nach innen gedrängt und solchergestalt eine Öffnung gewonnen, durch die er sich in ein Gartenhaus hineinzwängte.

II.

Hier sowie bei dem Verbrechen des Pannewitz [1]) scheint man unter „Gewalt" im Sinne von Art. 221. des StGBuchs die ungewöhnliche Anwendung der physischen Kräfte verstanden zu haben, eine Begriffsbestimmung, welcher das AGericht zu Eisenach nach

Wochenblatt für Strafrechtspflege in Thüringen rc. 1852. S. 314.

den eben benutzten wörtlichen Ausdruck gegeben hat.

Derselben Anschauungsweise nähert sich das

Neue Jahrb. für Sächs. Strafrecht Bd. V. S. 268 f.

abgedruckte Urtheil des vormaligen OAGerichts zu Zerbst, wonach nicht jedes Erbrechen als gewaltsames gelten dürfte, vielmehr die Anwendung von Gewalt durch Entfaltung eines höhern Grades der beim Er-

1) Das Erkenntniß der Anklagekammer des Herzogl. Appellationsgerichts zu Hildburghausen wird motivirt durch die Abweichung des Wortlauts in Art. 221. al. 1. des Thüringischen Strafgesetzbuchs von Art. 230. des K. Sächsischen Criminalgesetzbuchs und durch den Ausspruch, daß die Art und Weise, wie der Angeschuldigte die Scheunenthür geöffnet, Anwendung von Gewalt offenbar involvire.

brechen sich zeigenden Thätigkeit und durch Überwindung des Widerstandes sich characterisiren soll, den die erbrochene Sache geleistet hat [2]).

Es scheint indeß dieser Auffassung des Wortes „Gewalt" der Mangel jedes objectiven Maßstabs entgegenzustehen. Die „Ungewöhnlichkeit" könnte bei Anwendung physischer Kräfte nach den hier allein beachtenswerthen Modalitäten sich nur in deren Menge oder Richtung äußern.

1. Viel oder wenig Kraft aber sind relative Begriffe, deren Scheidelinie ebensowenig durch das Maß der angewandten Kraft an sich als durch ihr Verhältniß zu der Körperkraft des Individuums festgestellt werden kann. In der letzteren Richtung bieten Alter, Geschlecht, körperliche Zustände, Übung, Geschicklichkeit u. s. w. so vielfache und wesentliche Verschiedenheiten dar, daß an Zurückführung auf ein allgemein gültiges Maß nicht zu denken ist. Objectiv gilt das Gewicht, dem die — mechanische — Kraft gleichkommt, der Physik allerdings als Maßstab, dem aber für die Strafrechtspflege jede practische Anwendbarkeit abgesprochen werden muß. Zu dieser Unmöglichkeit sachlich schärfer oder auch nur motivirter Begrenzung tritt häufig in Wechselwirkung eine Anwendungsweise des individuellen Kraftmaßes, für welche es an jeder Entscheidungsnorm gebrechen würde. Das Beispiel der Benutzung eines Hebels, durch welchen die vielleicht mäßige Kraftäußerung des Verbrechers zu einer objectiv bedeutenden Krafteinwirkung gesteigert wird, ist noch nicht so schlagend als etwa das Hinwegräumen einer Mauer von vielen lose auf einander gelegten Steinen, deren keiner einzeln eine bedeutende Schwere besitzt. Dazu kömmt, daß häufig, z. B. bei Öffnung verrosteter Schlösser oder mit verrosteten Schlüsseln, eine sehr ungewöhnliche Kraftanstrengung eintritt, welche gleichwohl Niemand geneigt sein wird für Gewalt auszugeben.

Durch diese Begriffsbestimmung von Gewalt würden zugleich alle Fälle ausgeschlossen sein, in welchen physische Kräfte nicht mechanisch,

2) Die in den Jahrbüchern für Sächs. Strafrecht S. 391 unter g. und h. sowie bei Weiß, Criminalgesetzbuch rc. S. 608 unter a. gedachten Erkenntnisse des K. Sächsischen OAGerichts scheinen ähnlichen Erwägungen entflossen zu sein. Man darf aber wohl behaupten, daß auch hierin durch die Annahme der von Held und Siebdrat, Criminalgesetzbuch rc. S. 314 erwähnten, in den Neuen Jahrb. für Sächs. Strafrecht Bd. IV. S. 494 abgedruckten Sätze eine Änderung eingetreten ist. — Busch, die neuen Criminalgesetzbücher rc. S. 259 giebt keine Definition von Gewalt, ist aber der Ansicht, daß Art. 230. des K. Sächs. Criminalgesetzbuchs einen höheren Grad von Gewalt voraussetze.

sondern chemisch oder dynamisch einwirken, eine Beschränkung, die schon für den Diebstahl nicht zu rechtfertigen, bei anderen Verbrechen entschieden unzulässig ist. Niemand wird z. B. daran zweifeln, daß bei Aufruhr, Landfriedensbruch, Störung des Hausfriedens die zum Begriff des Verbrechens oder einer gewissen Art desselben erforderliche Gewalt auch als Zerstörung oder Beschädigung von Sachen durch Feuer u. s. w. sich darstellen könne.

2. Mehr Schein hat es für sich, wenn man das characteristische Kennzeichen der Gewalt in der Richtung erblickt, nach welcher, oder in dem Ziel, auf welches die angewandte Kraft wirkt. Aber Bestimmung und gewöhnliche Gebrauchsweise der Sache, welche hiernach das Gebiet der bloßen Kraftäußerung vom Gebrauch der Gewalt scheiden würden, sind einflußlos auf das eigentliche Wesen der Sache, äußerlich, zufällig, mit der Zeit Wechseln unterworfen, oft selbst zu gleicher Zeit verschieden. Die Thür z. B., welche der Dieb aushebt, wird gewöhnlich und hauptsächlich wohl mittelst Drehens in der Angel geöffnet, unter Umständen aber auch von dem Eigenthümer abgehoben. Hier und da — man denke an Gesellschaftslocale — setzt der Gebrauch gewisser Räumlichkeiten regelmäßig eine derartige Beseitigung der Verschlußmittel voraus. Sollte der Dieb hier anders zu beurtheilen sein als beim Emporheben einer Thür, die seit Jahren ununterbrochen in ihren Angeln hängt? Noch häufiger mag beispielsweise eine entsprechende, wenigstens eventuelle Verschiedenheit des Gebrauchs bei Holzläden vorkommen, welche für die gegenwärtige Frage etwa nur durch die geringere Schwere sich von Thüren unterscheiden.

Oder wie hätte in dem obigen Fall unter 2. die Entscheidung dann lauten sollen, wenn der Bestohlene selbst die Gewohnheit gehabt hätte, die Scheunenthür von der Außenseite in der von Pannewitz gewählten Weise zu öffnen?

Der gewichtigste Grund gegen diese Auffassungsweise — ein concreter Ausdruck für die allgemeine Wahrheit, daß die Bestimmung der Sache ohne Einfluß auf ihr Wesen — liegt aber darin, daß der Begriff der Gewalt von Seiten des Verbrechers überall da ausgeschlossen wäre, wo der Berechtigte selbst nur durch Gewalt zum Gebrauch gelangen kann, z. B. bei vermauerten Kellern, zugenagelten Kisten.

III.

Die bisher behandelte Definition von Gewalt dürfte nicht allein unhaltbar sein, sondern die Entscheidungsmomente überhaupt in einer

Richtung finden, in welcher sie nicht gesucht werden dürfen. Als Begriff der Gewalt an Personen steht Auferlegung eines Willenszwanges durch absichtliche Kraftäußerung wohl fest.

Man vgl. z. B. Jahrbücher für Sächs. Strafrecht S. 123.
Neue Jahrb. für Sächs. Strafrecht Bd. II. S. 473.
Die an beiden Orten angeführten Schriftsteller, auch
Marezoll, Criminalrecht §. 81.
Luden, im Rechtslexicon Bd. IV. S. 829.

Offenbar ist das Maßgebende der Erfolg, der eingetretene oder angestrebte Willenszwang. Luden a. a. O. S. 829 f. 834. Es mangelt aber an jeder Veranlassung zu der Inconsequenz, bei Übertragung des Ausdrucks „Gewalt" auf Sachen dieses wesentliche und entscheidende Moment preiszugeben und das Criterium in die Menge der Mittel oder die Art ihrer Anwendung zu verlegen, anstatt es auch hier im Erfolg, gegenüber der Sache, in der Eigenthümlichkeit der Wirkung ruhen zu lassen. Vielmehr wird zu untersuchen sein, ob nicht die Art und Weise, wie die angewandte Gewalt auf die Sache selbst einwirkt, als maßgebend zu betrachten ist.

Hier tritt der bemerkenswerthe Umstand entgegen, daß Obergerichte und Rechtslehrer im Königreich Sachsen „gewaltsame Eröffnung" und „Erbrechung" vielfach als gleichbedeutend zu betrachten und zu gebrauchen scheinen

Neue Jahrb. für Sächs. Strafrecht Bd. III. S. 118. Bd. IV. S. 224 f. 367 f. Bd. V. S. 484.
Weiß, Criminalgesetzbuch rc. S. 607 — „das Erbrechen besteht — in Anwendung von Gewalt zum Behuf der Eröffnung" — S. 608 — „Vielmehr kommt bloß die Gewalt — in Betracht." —
Wenn
Held und Siebdrat, Criminalgesetzbuch rc. S. 316.

beide Bezeichnungen scheiden, so ist daran zu erinnern, daß sie S. 231 als allgemeine Äußerungsformen der Gewalt an Sachen Beschädigung, Zerstörung oder Vernichtung derselben hinstellen. Eine so geeigenschaftete gewaltsame Eröffnung aber wird von der a. a. O. definirten gewaltsamen Erbrechung —

„besteht in einer Verletzung entweder der Substanz oder des mechanisch hergestellten Zusammenhangs der Theile" —

sich wohl nur darin unterscheiden, daß nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch von Brechen, Erbrechen, Zerbrechen bloß die Rede ist bei

einer gewissen Sprödigkeit des Materials[3]). Damit scheinen auch die a. a. O. gegebenen Beispiele überein zu stimmen, und ist nur rücksichtlich des dritten zu bemerken, daß es sich nicht auf die hier behandelte, sondern auf die Frage von der Zeitfolge bezieht.

Ähnlich scheint sich nach den

Neuen Jahrbüchern für Sächs. Strafrecht Bd. III. S. 466.

die Würtembergische Praxis gestaltet zu haben, welche zum Begriff der Gewalt ebenfalls fordert, daß das Schloß oder Theile des Behältnisses verletzt worden seien.

Auch Brauer

im Criminallexikon S. 396 — „Gewalt gegen Sachen — enthält — stets eine Beschädigung derselben" —

stimmt hiermit im Allgemeinen überein.

In der That dürfte das einzige objectiv feststellbare Criterium der Gewalt an Sachen die Störung oder Aufhebung ihrer substantiellen Integrität sein.

Wenn die Legaldefinition in

L. 1. D. quod metus causa 4, 2.

Gewalt an Personen erklärt als necessitas contraria imposita — alterius — voluntati —, so ist deren Gegenstand, der Wille, eben das, was als wesentliche, unentbehrliche Grundlage den Menschen zum Rechtssubject macht. Es liegt nahe dem analog, als Gegenstand der Gewalt an Sachen, welche nach Art. 221. cit. hier ausschließlich in Betracht kömmt, das anzusehen, was an ihnen das Wesentliche, Unentbehrliche ist, wodurch sie zum Rechtsobject werden. Als solches kann nur das allen Sachen Gemeinsame, die äußerliche Unabhängigkeit Ermöglichende, alle ihre physicalischen Eigenschaften Bedingende: die Substanz aufgefaßt werden. Einwirkung auf die Substanz aber läßt sich nur denken als Änderung, d. h. bei den hier allein in Frage stehenden Sachen als Verletzung oder Zerstörung derselben.

Das Ergebniß ist das gleiche, wenn man Gewalt im Allgemeinen als Bezwingung eines Widerstandes durch eine diesen Widerstand aufhebende Kraftäußerung bezeichnet

L. 2. D. eod.: Vis autem est majoris rei impetus, qui repelli non potest.

---

3) Nach den Neuen Jahrb. für Sächs. Strafrecht Bd. VII. S. 86 versteht das Obertribunal zu Berlin unter Erbrechen jede gewaltsame Zerstörung eines Verschlusses. Man vgl. auch Busch, die Criminalgesetzbücher ꝛc. S. 258 f.

Brauer im Criminallexikon S. 394.

M. vgl. auch das obenerwähnte Erkenntniß des Oberappellationsgerichts zu Zerbst und

Luden a. a. O. S. 833.

Denn der Widerstand, den Sachen leisten, geht stets und ausschließlich von ihrer Substanz aus; er wird entweder mittelbar hervorgebracht durch deren Eigenschaften, namentlich die Schwere, oder unmittelbar, wie sich Jeder überzeugt, der mit der Hand an das Glas des Fensters, an das Holz der Thüre, mit dem Kopf an den Stein der Wand stößt. Daß die bloße Überwindung der Schwerkraft, dieser allgemeinen und unveräußerlichen Eigenschaft der Substanz, nicht als Gewalt gelten kann, bedarf keiner Erörterung. Daß zwischen gewöhnlichem und ungewöhnlichem Gewicht eine sichere Grenze nicht aufzufinden, ist oben entwickelt worden. Überdieß darf der Widerstand, den eine Sache bloß durch ihr Gewicht leistet, nur als relativer, als ein gemeinschaftliches Product ihrer Schwere und ihres Ortes betrachtet werden. Die Veränderung des letzteren berührt an sich das Wesen der Sache in keiner Weise, sie ist kein Überwinden, sondern nur eine Versetzung — Translocation — des von der Sache entwickelten Widerstandes. Bei den verschiedenen Verschlußmitteln, um die es in Art. 221. cit. allein sich handelt, wird aber neben der Schwerkraft nur von dem Körper derselben der Kraftäußerung des Verbrechers Widerstand entgegengesetzt. Gewalt läßt sich also dabei bloß in der Richtung gegen den Widerstand der Materie, d. h. als völlige oder theilweise Zerstörung derselben denken.

Wenn hiernach Gewalt an Sachen, als Kraftäußerung gegen die Integrität der Substanz, neben Gewalt an Personen, als Kraftäußerung gegen die Integrität des Willens, tritt, erübrigt es nur noch hervorzuheben, daß die mechanische Verbindung einzelner Sachen in der Eigenschaft substantieller Cohärenz auftritt, sobald man die so verbundenen Sachen als Ein Ganzes betrachtet, und daß daher die Lösung einer solchen Verbindung durch Kraftäußerung ebenfalls für Gewalt gelten muß.

Inwiefern der Begriff gewaltsamer Öffnung umfassender als der gewaltsamer Erbrechung, ist bereits oben angedeutet worden. Weitere Erfordernisse sind aus den Ausdrücken „verschlossen" und „Behältniß" herzuleiten.

Man könnte dieser Darstellung entgegenhalten, der Gesetzgeber

scheine nach dem Wortlaut von Art. 221. al. 1. des StGBuchs „gewaltsames Öffnen", „Erbrechen" und „Durchbrechen" als wesentlich verschiedene Arten von Kraftäußerung angesehen zu haben. Daß Gewalt beim Erbrechen unter den allgemeinen Begriff der Gewalt beim Öffnen eines Raumes fällt, kann nicht bestritten werden. Ebensowenig daß Durchbrechen der Verschlußmittel stets zugleich Erbrechen des verschlossenen[4]) Raumes sein wird. Daraus ergiebt sich, selbst vom Standpuncte jener Einwendung aus, daß die Erwähnung des Durchbrechens jedenfalls erläßlich, die des Erbrechens nur dann erforderlich war, wenn der Gesetzgeber die Worte „unter Anwendung von Gewalt" nicht mit „erbrochen", sondern bloß mit „geöffnet" in Verbindung gebracht wissen wollte. Dieser Ausschließlichkeit steht sowohl die Wortfassung in Art. 230. des K. Sächsischen Criminalgesetzbuchs:

„Eröffnung — durch gewaltsames Erbrechen"

als der erste Eindruck entgegen, den der Bau des Satzes auf den Leser unwillkührlich machen muß. Glaubt man gleichwohl das Erforderniß der Gewalt auf „geöffnet" beschränken zu müssen, so darf unbedenklich das Erbrechen und muß das Durchbrechen als Beispiel des an die Spitze gestellten allgemeinen Begriffs betrachtet werden[5]). Oder man hätte bei fortgesetztem Widerspruch erst den Nachweis zu erbringen, welch anderen objectiv feststellbaren Begriff der Gesetzgeber, der eine Definition nicht gegeben hat, mit dem Ausdruck „Gewalt" verbunden wissen wollte.

Actenmäßige Darstellung civil- und criminalrechtlicher Entscheidungen.

Kann eine Partei zum persönlichen Erscheinen im Güte- und Rechtstermine vom Richter gezwungen werden?

Vom Herrn Regierungs- und Justizrath v. Egidy zu Coburg.

1.

Die Gemeinde J... erhob gegen den Ortsnachbar O... eine Eigenthumsklage. Das Untergericht beraumte Güte- und Rechtster-

4) Man vgl. Held und Siebdrat, Criminalgesetzbuch rc. S. 315.

5) Wie z. B. in Artt. 34., 100., 217., 247., 318. des Strafgesetzbuchs.

min an. Die Güte kam nicht zu Stande. Die Gemeinde suchte darauf, bestehender Vorschrift gemäß, bei der Landesregierung um die Erlaubniß zur Proceßführung nach. Statt diese alsbald zu ertheilen, ordnete die Landesregierung bei der augenscheinlichen Geringfügigkeit des Streitobjects an, daß das Untergericht zuvor beide Theile, jedoch ohne Anwälte, vor sich bescheide und zu einem gütlichen Abkommen, welches die Regierung zugleich näher vorschlug und was den Interessen beider Theile wohl auch am zuträglichsten zu sein schien, zu vereinigen suchen möge. Darauf erfolgte die Vorladung beider Theile zu einem nochmaligen Gütetermine. Der Beklagte C... erklärte darauf, daß er wegen der in der Sache bereits erlittenen vielen Kränkungen und Ärgernissen Bedenken trage, einen Termin mit seinen Gegnern persönlich abzuhalten. Da Anwälte ausgeschlossen bleiben sollten, so könne er sich auf beabsichtigte Güteversuche nicht einlassen; er verbitte sich dieselben und provocire auf rechtliche Entscheidung.

Das Untergericht resolvirte, daß es bei dem anbezielten Termine bewende und Beklagter bei Strafvermeidung [1]) um so mehr zu erscheinen habe, als keine Partei gegen einen Gerichtswegen beschlossenen Güteversuch Einwendungen zu machen berechtigt sei.

Allein Beklagter erschien in dem Termine dennoch nicht, appellirte vielmehr gegen diese Resolution. Das Obergericht erkannte, daß es bei der untergerichtlichen Resolution lediglich und zwar um so mehr zu belassen sei, als es anerkannten Rechten nach keinem Zweifel unterliege, daß der Richter nicht nur in jedem Stadium des Processes, sondern auch in einem Processe öfter als einmal die Güte unter den Parteien zu versuchen berechtiget, ja sogar verpflichtet sei und an Protestationen gegen solche Versuche sich nicht zu kehren, vielmehr den deßfalls von ihm getroffnen Anordnungen jederzeit den geeigneten Nachdruck zu verschaffen und verweigertes persönliches Erscheinen mit Zwangsmaßregeln zu bedrohen wohl befugt sei.

Gegen diese Entscheidung legte Beklagtens Anwalt ein weitres Rechtsmittel ein, welches aber das Obergericht als unstatthaft verwarf. Gleichzeitig wurde dem Anwalte der Mißbrauch des Rechtsmittels bei Vermeidung einer Strafe von drei Thalern für den Wiederholungsfall verhoben. Aus den Gründen dieser Entscheidung ist für den vorliegenden Zweck nur hervorzuheben, daß darin gesagt wurde, wie dem Rich-

1) Eine bestimmte Strafe war nicht angedroht.

teramte die Befugniß nicht bezweifelt werden könne, die im Gerichtsbezirke anwesenden Parteien persönlich vor sich zu laden, um sie gegenseitig zu vernehmen und womöglich zu vereinigen. Solchen richterlichen Anordnungen müsse auch durch Coercitivmaßregeln, wie hier die Strafandrohung, Nachdruck verschafft werden können.

Auch diese Entscheidung ließ Beklagter nicht rechtskräftig werden, dessen Anwalt vielmehr quodvis remedium dagegen einlegte. Das Obergericht verwarf auch dieses Rechtsmittel und verurtheilte den Anwalt Beklagtens in die früher angedrohte Strafe von 3 Thalern und ordnete an, daß das Untergericht einen anderweiten Termin zur Güte anberaume, und den D... bei Vermeidung der Realcitation dazu vorlade. Aus den Gründen heben wir die Bemerkung hervor, daß der vom Untergericht anbezielte Termin auf Befehl der obern Administrativbehörde anberaumt worden sei, um aus den hierin zu pflegenden gütlichen Verhandlungen desto mehr in den Stand gesetzt zu werden, die Räthlichkeit der Gestattung der von der klagenden Gemeinde I. nachgesuchten Erlaubniß zur Proceßführung beurtheilen zu können, und daß es keinem Zweifel unterliege, daß der Unterthan verpflichtet sei, jederzeit den Vorladungen seiner Obrigkeit nachzukommen.

Beklagtens Anwalt legte auch hiergegen jedwedes Rechtsmittel, namentlich auch Nichtigkeitsbeschwerde ein, und sagte unter anderm in seinen Ausführungsschriften, daß es keiner Partei in den Gesetzen verboten sei, zu allen ihren Proceßangelegenheiten ihren Anwalt mit zur Stelle zu bringen. Dem Richter, der zu dem Gütetermin gehörig vorbereitet sei und nicht beabsichtige, seine Grenzen zu überschreiten, könne die Gegenwart eines Anwalts gar nicht unangenehm sein. Man müsse doch wohl auch dem Anwalt so viel Gewissenhaftigkeit zutrauen, daß er einen Güteversuch nicht absichtlich hindern werde. Der Partei zu verbieten, ihren Anwalt mitzunehmen, sei nicht allein gegen die Gesetze, sondern auch gegen die Klugheit. Eine Partei, der dieses widerfahre, müsse dadurch mißtrauisch gegen den Richter werden. Dagegen lehre die tägliche Erfahrung, daß es gar häufig dem Richter nicht möglich sei, eine kurzsichtige, wohl gar mißtrauische Partei zu verständigen und zu einem Vergleiche zu bewegen und daß letztere erkläre, sie überlasse es ihrem Anwalte. Wenigstens lasse sich eine Partei doch immer eher von ihrem Rechtsfreunde verständigen und zu einem Vergleiche bewegen, als von dem Richter.

Auf Provocation Beklagtens ad exteros wurden die Acten an die Juristenfacultät zu Leipzig gesandt, welche im April 1835 erkannte:

„Daß es bei dem bisher Erkannten nicht zu belassen; sondern es „bewendet bei Beklagtens Ausbleiben in dem anberaumten Güte-„termine und seiner Erklärung, in selbigem nicht erscheinen zu wol-„len. Es ist auch sein Anwalt mit dem wider ihn erkannten Ver-„weise und der ihm auferlegten Geldstrafe zu verschonen" u. s. w.

In den Gründen dieser Entscheidung wurde ausgeführt:

„Zwar ist es gewiß, theils daß die Parteien den richterlichen An-„ordnungen überhaupt Folge zu leisten schuldig sind, theils daß „der Richter berechtigt ist, in jedem Stande des Processes Termine „zum Versuch eines Vergleichs anzuberaumen. Auch steht es ihm „frei, die Parteien unter Androhung einer Geldstrafe hierzu vorzu-„laden, und ebenso ist er berechtigt, wenn er es für zweckmäßig „erachtet, die Anordnung zu treffen, daß die Parteien ohne Beglei-„tung ihrer Sachwalter in dem Termine erscheinen. Dessenungeach-„tet findet, sowie überhaupt im eigentlichen Civilprocesse, d. h. in „Privatstreitigkeiten, welche Vermögensrechte betreffen (denn an-„dere Regeln gelten zum Theil bei streitigen Gegenständen des Fa-„milienrechts z. B. Ehedifferenzen), so ganz besonders zum Erschei-„nen in einem zu einem Vergleichsversuche bestimmten Termine nie-„mals ein absoluter Zwang statt — im Gegentheil ist es absolut „wesentliches Erforderniß des deutschen Processes, daß kein sol-„cher Zwang angewendet werde.

Gönner, Handbuch des gem. Proc. 2. Aufl. Bd. 2. No. XXVII. §. 16. vergl. mit No. XXVIII. §. 20.

Martin, Lehrb. des Processes, 11. Ausg. §. 16. §. 58. Not. b. vergl. mit §. 12.

Linde, Lehrb. des Civilprocesses §. 118.

„Es können vielmehr dem Geladenen nur gewisse Rechtsnachtheile „angedrohet werden, die ihn treffen, wenn er der erhaltenen La-„dung ungeachtet nicht erscheint (hypothetischer Zwang). Will er „sich diesen Rechtsnachtheilen unterwerfen, so steht dieß stets bei „ihm. Und selbst dergleichen Nachtheile mögen nur insoweit mit „Rechtswirkung angedrohet werden, als dieß in den Gesetzen ge-„stattet ist. Eine hierüber hinausgehende Maßregel, zumal eine „solche, welche mit einem absolut wesentlichen Erfordernisse des „Processes unvereinbar ist, muß als unwirksam angesehen werden.

Siehe die oben angeführten Schriftsteller.

„Diese Erwägungen machen eine Abänderung der zeitherigen Ent- „scheidungen nothwendig. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß, in- „sofern die Vorladung der Parteien zum Gütetermin die Androhung „einer Geldstrafe enthalten hätte, der Beklagte von der Entrich- „tung dieser Strafe frei sei, vielmehr würde er, den oben entwickel- „ten Grundsätzen zufolge, zu deren Entrichtung verpflichtet sein.

„Wohl aber mußte nach eben diesen Grundsätzen dasjenige auf- „gehoben werden, was gegen den Anwalt desselben erkannt ist, da „nunmehr angenommen werden muß, daß er einen Verweis oder „eine Strafe nicht verdient habe."

2.

In Sachen[2]) des S. gegen R. legte ersterer gegen den unterge- richtlichen, die Klage abweisenden Bescheid Appellation ein. Das Ap- pellationsgericht, das Herzogl. Justiz-Collegium zu Coburg, fand sich veranlaßt, vor allem nochmals einen Termin zur Güte anzuberaumen, und beschied beide Theile, in Person in demselben zu erscheinen. Kläger und Appellant erschien in diesem Termine auch in Person, je- doch in Begleitung seines Anwalts. Für Beklagten und Appellaten erschien nur dessen legitimirter Anwalt, welcher erklärte, daß sein Con- stituent der Ladung, persönlich zu erscheinen, deßhalb keine Folge ge- leistet, weil er dem Kläger gegenüber Beleidigungen von letzterem fürchte und dieserhalb ihn auch zu dieser Terminsverhandlung mittelst beson- derer Vollmacht speciell beauftragt habe. In dieser Vollmacht war Be- klagtens Anwalt beauftragt, den fraglichen Termin statt Beklagtens abzuwarten und dabei zu handeln, wie es ihm sein Interesse zu erhei- schen schiene. Ohnedieß war dieser Anwalt aber auch schon in seiner frühern, bei den Untergerichtsacten befindlichen Vollmacht angewiesen, mit dem Gegentheil vor allen Dingen die Güte zu pflegen. Kläger und Appellant beharrte dabei, den von dem Justiz-Collegium für ange- messen erachteten Gütetermin mit Beklagtem persönlich abzuhalten, und bat, letztern wegen seines Ungehorsams in die Kosten des Termins zu verurtheilen.

Das Justiz-Collegium beraumte dagegen einen anderweiten Güte- termin an und lud dazu beide Theile, den Beklagten unter Verurthei-

---

2) Dieselbe war im Ordinarprocesse verhandelt worden.

lung in die Kosten des frustrirten Termins und bei 5 Thlr. Strafe, in Person zu erscheinen, vor.

Gegen dieses Decret vom 11. März 1837 leuterirte Beklagter, weil er sich deßhalb für beschwert erachtete, daß er in die Kosten des frühern Gütetermins verurtheilt und weil er bei 5 Thlr. Strafe zu dem anderweit anberaumten Gütetermin vorgeladen worden sei. Er behauptete bei Ausführung seiner Beschwerden, daß in Civilsachen gemeinrechtlich der Grundsatz feststehe, daß Parteienvertretung Statt finde, daß somit keine Partei an den Verhandlungen vor Gericht persönlich Antheil zu nehmen brauche. Hieran habe auch die Particulargesetzgebung Coburgs nichts geändert, vielmehr diesen Grundsatz ausdrücklich anerkannt. Denn wenn P. I. cap. III. §. 4. der Ernest. Proc.Ordnung die Bedingungen aufstelle, unter welchen Jemand für einen andern vor Gericht handeln könne, so sei damit gesagt, daß unter Erfüllung jener Bedingungen die Zulassung eines Vertreters nie verweigert werden könne, woraus folge, daß eine Partei persönlich zu verhandeln gar nicht nöthig habe. Auch bezüglich der Abhaltung von Güteterminen bestehe keine Ausnahme, wenn nur die Vollmacht ausdrücklich auf Pflegung der Güte mit gerichtet sei. Das sei in Concreto der Fall. Beklagter habe daher von seiner Rechtsbefugniß nur Gebrauch gemacht, wenn er nicht persönlich, sondern durch seinen Anwalt im fraglichen Gütetermin erschienen sei. Es könne daher rücksichtlich seiner ein Ungehorsam nicht angenommen und er deßhalb auch nicht in die Kosten des Termins verurtheilt werden, nach dem bekannten Rechtsgrundsatze: qui jure suo utitur, neminem laedit.

Nach der Ernest. Proc.Ordn. P. II. cap. VI. §. 2.[3]) könne der Richter selbst in summarisch zu verhandelnden Rechtsstreitigkeiten keine Partei zwingen, in Person in einem Gütetermin zu erscheinen, sondern er müsse es ihr freistellen, ob sie dieß thun wolle oder nicht; noch viel weniger dürfe aber daher der Richter in einem ordentlichen Processe diesen Zwang ausüben wollen. Eine solche Befugniß dem Richter ein-

3) Diese Stelle lautet: „Damit auch solcher gütlicher Vergleich desto eher gestiftet werden möge: Sollen die Partheien, wenn sie in Person nicht selbst erscheinen, zu dem angesetzten Termin solche Gevollmächtigte schicken, welche auf die Güte, dieselbe zu handeln und zu schließen, ausdrücklich instruiret sind; Massen solche clausula künfftig jederzeit der abgehenden Citation an beide Partheyen einverleibet, und denenselben, im Fall sie nicht selbst erscheinen würden, durch genugsam auff die Verhör und Güte instruirte Gevollmächtigte zu erscheinen angedeutet werden soll."

zuräumen, würde zu sonderbaren Consequenzen führen, wenn eine Partei abwesend wäre oder im entfernten Auslande, z. B. in England, Amerika lebe, wo dann der Richter gegen dieselbe gar kein Zwangsrecht ausüben könne.

Der Kläger entgegnete durch seinen Anwalt: die Erfahrung lehre, daß nur in sehr seltenen Fällen die Güte Platz greife, wenn bloß mit den Anwälten dieselbe versucht werde. Darum stehe dem Richter das Recht zu, die Parteien persönlich vorzuladen und die Partei, welche gegen eine solche Vorladung ungehorsam sei, müsse von den Strafen des Ungehorsams betroffen werden. Auch Fremde und vom Gericht entfernt Wohnende könne der Richter zum persönlichen Erscheinen vorladen, werde aber die Entschuldigung einer beschwerlichen, mit unverhältnißmäßigen Nachtheilen verknüpften Reise wohl berücksichtigen.

Das herzogliche Justiz-Collegium zu Gotha erkannte hierauf das Decret vom 11. März 1837 bestätigend und sagte in seinen Gründen Folgendes:

„Da die Ernestinische Proceßordnung die Frage, ob der Richter bei „Güteversuchen das Erscheinen der Parteien in Person verlangen „kann? unentschieden läßt, so kommen die Grundsätze des gemeinen „Civilprocesses darüber im vorliegenden Fall zur Anwendung. Hiernach hängt es zwar in der Regel von der Willkühr der streitenden „Theile ab, ob sie selbst vor Gericht erscheinen und die nöthigen „Proceßhandlungen verrichten, oder ob sie dazu einen Procurator „bestellen wollen. Aus wichtigen Gründen namentlich bei Sühneversuchen kann jedoch der Richter auf den Grund mehrerer Gesetzstellen

l. 26. C. de procuratoribus.

cap. I. in fine de judiciis in VI. 2. 1.

J. R. Abschied v. Jahre 1654. §. 110.

„das persönliche Erscheinen der Parteien verlangen.

Linde Civilproceß §. 132.

„Es mußte daher das Decret des Herzoglichen Justiz-Collegii zu „Coburg vom 11. März 1837 lediglich bestätigt werden."

Ist es zur gültigen Errichtung eines Oral=Fideicommisses erforderlich, daß die Auflage dem persönlich anwesenden Onerirten, und mündlich vom Erblasser geschehe?

Obige Frage, die bekanntlich unter den zahlreichen Controversen, womit die Lehre vom sogen. Oral=Fideicommiß (fideicommissum praesenti haeredi injunctum) durchwebt ist, von jeher eine Hauptrolle gespielt hat, kam — verbunden übrigens mit einer minder bestrittenen zweiten, die gleichfalls in dieses Gebiet einschlägt — in dem nachstehenden Rechtsfalle zur Verhandlung, und immerhin wird es als ein für die hierländische Praxis gewichtiges Moment betrachtet werden können, daß sie in diesem Falle, wie schon von den Richtern der beiden ersteren Instanzen, so auch von dem obersten Gerichtshofe des Landes bejahend beantwortet ward.

Gegen die Testamentserbin des S., Friedericke K. zu A., klagte der Strumpfwirkermeister Albrecht H. im Jahre 1842 bei dem Stadtgericht daselbst auf die Verabfolgung eines Vermächtnisses von 1500 Thalern, dessen Abentrichtung an ihn — so behauptete er, indem er der Verklagten den Eid darüber antrug — der Erblasser S. wiederholt, vor und nach Errichtung seines letzten Willens, wenigstens aber ein Mal mündlich, der K. auferlegt habe.

Die K. stellte nicht in Abrede, daß sie Testamentserbin des S. sei; den übrigen Inhalt der Klage hingegen leugnete sie, und suchte excipiendo geltend zu machen, daß, wenn auch die Klage an sich als statthaft sollte gelten können, doch jedenfalls der Eidesantrag darüber als unstatthaft verworfen werden müsse, weil, daß sie bei der von S. angeblich gemachten Auflage gegenwärtig gewesen, in der Klagschrift nirgends behauptet worden sei.

Das Stadtgericht erkannte darauf, daß die K. entweder die geklagte Summe an den Kläger zu bezahlen, oder einen Eid dahin: daß ihr Erblasser S. in der Zeit nach der Errichtung seines letzten Willens ihr die mündliche Auflage, 1500 Thlr. an H. herauszuzahlen, nicht gemacht, zu schwören habe.

Die Regierung zu Weimar änderte (im Januar 1843) den

Stadtgerichtsbescheid nur in so fern ab, als sie auf die Beschwerde der Beklagten anordnete, daß in dem der letzteren zuerkannten Eide nach den Worten „seines letzten Willens" die Worte „in ihrer, der Beklagten Gegenwart" einzuschalten seien. Das Regierungs-Erkenntniß aber wurde, der vom Kläger dawider eingewendeten Oberberufung ungeachtet, vom Großh. S. und Gesammt-OAGericht zu Jena (im November des näml. Jahres) lediglich bestätiget. Die Gründe für diese Confirmatoria waren folgende:

„Der Kläger hat zunächst

1) darüber sich beschwert, daß hinsichtlich des angeblich von S. der Beklagten auferlegten Fideicommisses der Eid nicht generell und ohne Rücksicht darauf gefaßt sei, ob die Auflage vor oder nach der Errichtung des S.schen Testamentes geschehen sei. Diese Beschwerde war aber für unerheblich zu achten. Denn nach gesetzlicher Vorschrift in

§. 1. J. de codic. 2, 25.

L. 5. D. de codic. 29, 7.

werden Vermächtnisse, welche vor der Testaments-Errichtung hinterlassen sind, durch ein späteres Testament, weil dieses eine neue das ganze Vermögen betreffende Disposition ist, aufgehoben, sie müßten denn in dem neuen Testamente bestätigt sein, oder doch der Wille des Testirers, daß die Vermächtnisse gültig bleiben sollten, erwiesen werden können. Hier aber liegt weder eine Bestätigung vor, noch hat der Kläger solche Thatsachen behauptet, aus denen der fortdauernde Wille des Testirers hergeleitet werden könnte. Außerdem aber wäre es Sache des Klägers gewesen, bestimmter, als dieses in seiner Klage geschehen ist, die Umstände und die Zeit der angeblichen Anordnung des Fideicommisses anzugeben, weßhalb für ihn ein Grund zu einer Beschwerde überall nicht vorhanden war, wenn ungeachtet der Unbestimmtheit seiner Behauptungen der Eidesantrag über eine nach der Testaments-Errichtung geschehene Anordnung des Fideicommisses zugelassen worden ist."

„Ferner

2) hat der Kläger sich darüber beschwert, daß in den über die Hinterlassung des streitigen Fideicommisses deferirten Eid die Worte „in Gegenwart der Beklagten" aufgenommen worden sind. — Man kann aber, was zuvörderst die Auslegung der L. 32. C. de fideicommiss. 6, 42. betrifft, der Ansicht nicht beitreten, daß hiernach durch eine jede

ausgesprochene Willensäußerung des Testirers ein gültiges Vermächtniß begründet und darüber dem Erben ein Eid angetragen werden könne. Vielmehr mußte man der Ansicht beipflichten, daß nach jenem Gesetze der Erbe nur solche Fideicommisse, welche der Erblasser ihm selbst, unmittelbar und persönlich, auferlegt hat, zu erfüllen verpflichtet ist, indem nur hier, wenn der Erbe die ihm selber gemachte Auflage nicht eidlich abzuleugnen vermag, eine gleiche factische und rechtliche Gewißheit, wie bei Beobachtung der gesetzlichen Codicillenform vorhanden ist. Es kann nicht als Absicht des Gesetzgebers angenommen werden, die gesetzlich festgestellte Codicillenform durch jenes correctorische und darum strict zu interpretirende Gesetz noch weiter aufzuheben, als es durch das Gesetz selbst, und besonders durch die erläuternden Worte des §. 12. J. de fideicommiss. heredit. 2, 23., wornach der Erbe nur zu beschwören braucht, daß er „nihil tale *a testatore audivit*", bestimmt und deutlich ausgesprochen ist."

„Allein ganz abgesehen von dieser Rechtsfrage, und wenn man der gegentheiligen Ansicht beistimmen dürfte, so würde dennoch die aufgestellte Beschwerde unbegründet sein. Denn der Kläger hat selbst in seiner Klage gar keine andere Anordnung des streitigen Vermächtnisses behauptet. Er stützt seine Klage lediglich darauf, daß der verstorbene S. seiner Erbin, der jetzigen Beklagten, mündlich das streitige Legat auferlegt hätte. Unter einem mündlichen Auferlegen kann aber nichts anderes verstanden werden, als daß der Erblasser seiner Erbin persönlich, also in deren Gegenwart, jene Auflage gemacht habe. Hätte der Kläger etwas anderes behaupten wollen, so wäre es seine Pflicht gewesen, diese anderen Thatsachen, durch welche das Fideicommiß begründet wäre, selbst anzugeben." Dr. B. E.

Correspondenz

über die an den neuen Redacteur abgegebenen und resp. neu eingesendeten Beiträge für d. Bl.:

1) Von Z. in L.: a) ein Rechtsfall aus dem Gebiete der Injurien. b) ein solcher über subjective Klagenhäufung. c) ein solcher zur Lehre von den Generalvollmachten. — Eignen sich nicht zur Aufnahme, weil sie keine besonders wichtigen Controversen betreffen, auch keine sonst gerade interessante Seite zur Beurtheilung

darbieten, die Darstellung unter b. auch ein viel zu ausführliches Actenmaterial enthält. — 2) Von Z. in A. darüber: ob ein Erkenntniß nur wegen physischer oder auch wegen moralischer und juristischer Unmöglichkeit der Ausführung nichtig sei? Nicht zum Abdruck geeignet. — 3) Von G. in G. über gerichtliche Protocolle und Registraturen ꝛc. Nicht zum Abdruck geeignet, weil die richtige Beantwortung der erörterten Frage kaum zweifelhaft sein dürfte. — 4) Von Sch. in G. darüber: ob zu einem Rechtsgeschäft der Ehefrau eines unter Curatel stehenden Mannes die Einwilligung des ehemännlichen Vormundes erforderlich sei? Ist nach Inhalt und Form nicht zur Aufnahme geeignet. — 5) Von B. in N. darüber: ob der Privatankläger gleichzeitig als Zeuge fungiren könne? Eignet sich nicht zum Abdruck. — 6) Von H. in R. darüber: ob Raub und Diebstahl nach thüringischem Strafrecht als gleichartige Verbrechen zu betrachten sind? Nach Art. 47. Ziff. 2. und 3. des StGBuchs ist diese Frage außer Zweifel und bedarf daher einer öffentlichen Besprechung nicht. — 7) Von v. E. in E. darüber: Genügt ein schriftliches Abhalten der Termine in Rechtssachen? an zwei Rechtsfällen erörtert. — Der Fall unter 1. genügt schon und wird zum Abdruck kommen, der unter 2. aber ausgesetzt bleiben. — 8) Von demselben: Beiträge zur Lehre von der Fälschung in fünf Rechtsfällen. — Die Fälle unter 1. 3. 4. genügen vor der Hand und werden abgedruckt werden. — 9) Von St. in N.: Über die Begründung des Ernährungsanspruchs der adulterini. — Der Abdruck wird zu seiner Zeit erfolgen. — 10) Von V. in W.: Über das Recht der Polizeibehörden, geschärfte Gefängnißstrafen wirksam anzudrohen ꝛc. Der Abdruck wird erfolgen. — 11) Von demselben: Über die Strafbarkeit eines leichtsinnig geschwornen Glaubenseides ꝛc. Wie zu 10. — 12) Von einem ungenannten Vf.: Über die Theilbarkeit der Servituten ꝛc. Der Abdruck wird erfolgen, wenn vorher der Eins. sich dem Redacteur genannt haben wird. — 13) Von B. E. in W. darüber: ob der Triftberechtigte in Holzculturen eigenmächtig eintreiben dürfe? ꝛc. Zum Abdruck geeignet. — 14) Von T. in E.: Über die Concurrenz der Pfandrechte nach dem Weimar. Pfandgesetz vom 6. Mai 1839. — Für diese Blätter theils zu ausführlich, theils mehr arithmetischen als juridischen Inhalts, deßhalb nicht aufnehmbar. — 15) Von v. H. in W.: Über Beweis des Herkommens, des Gewohnheitsrechts und der Verjährung ꝛc., ein Rechtsfall. — Sofern der Vf. gestattet, daß der Red. eine angemessene Abkürzung durch Sichtung des Actenstoffs vornehmen darf, soll der Abdruck zu seiner Zeit erfolgen. — 16) Von B. in W.: Zehn Rechtsfälle und resp. Abhandlungen: a) über den Begriff einer Justizsache ꝛc., b) über die Verschiedenheit der act. negator. von der rei vindicatio ꝛc., bedürfen einer wesentlichen Abkürzung, um abgedruckt werden zu können, welche der Red. vornehmen wird, wenn der Vf. sie nicht selbst besorgen will und hiezu die Aufsätze zurückzusenden verlangt. — 17) Von B. in E.: Über den eventuellen Gebrauch des Schiedseids. — Der Abdruck wird erfolgen.

Druck und Verlag von Fr. Frommann in Jena.

Blätter für Rechtspflege
in Thüringen und Anhalt

unter Mitwirkung der Herren

Dr. G. Emminghaus, Dr. Heerwart, Dr. Heimbach, Reinhold Schmid,
Gh. R.Rath in Weimar. Gh. JR. in Eisenach. OAGRath in Jena. KGAssessor in Weimar.

herausgegeben von

Dr. J. Chr. Hotzel,
OAGRath in Jena.

Zweiter Band.

1855. Preis des Jahrgangs 2 Thlr. 20 sgr. Nro. 9.

Abhandlungen über practische Rechtsmaterien.

Über den eventuellen Gebrauch des Schiedseides.

(Nach dem Weim. Gesetz vom 5. Juni 1849.)

Vom Herrn Vicepräsidenten Busch zu Eisenach.

Die eventuelle Eidesdelation ist in den Fürstenthümern Schwarzburg-Sondershausen und Schwarzburg-Rudolstadt nie für zulässig erachtet worden, wie sie denn überhaupt dem sächsischen Processe fremd geblieben ist; vergl. Gensler im Archiv für civ. Prax. I. S. 159. Not. 22. Heimbach im Lehrb. des sächs. Processes §. 89. Not. 3. Im Großherzogthume S. Weimar-Eisenach ist sie jedoch durch das Gesetz vom 5. Juni 1849 für zulässig erklärt und Folgendes darüber bestimmt worden:

§. 1.

„Der Eid darf neben andern Beweismitteln über die nämliche Thatsache für den Fall angetragen [1]) werden, daß durch die letztern

1) Der Vorbehalt ist kein Antrag, wovon auch unser Gesetz ausgeht, und jener ist nach sächsischem Rechte nie für wirksam erachtet worden. Kori, Theorie

nicht einmal soviel dargethan würde, um auf einen nothwendigen Eid (Erfüllungs- oder Reinigungseid) erkennen zu können [2])."

§. 2.

„Über die Annahme oder Zurückgabe eines solchen eventuell zugeschobenen Eides hat der Gegner bei Vermeidung derselben Rechtsnachtheile und in der nämlichen Frist sich zu erklären [3]), wie über den unbedingt angetragenen Eid. Eine besondere Gewissensvertretung ist aber dabei nicht zulässig; es ist vielmehr zu diesem Zwecke der Gegenbeweis zu benutzen [4])."

Die eventuelle Eidesdelation wird fast von jedem Beweisführer zur Hand genommen, und es dürfte daher nichts weniger als überflüssig sein, die von ihr geltenden Grundsätze einer nähern Erörterung zu unterziehen. Es sei mir jedoch gestattet, mich auf folgende Puncte zu beschränken:

§. 1.

Findet auch bei ihr die Regel statt: Negans non excipit jurejur. delato et acceptato? Hierüber habe ich mich in einem früheren Aufsatze ausgesprochen und sie bejahet. S. Nr. 7. 1855. S. 228 ff.

§. 2.

Muß sich der Delat auch auf die eventuell zum Schiedeseid verstellten Artikel einlassen? Der §. 2. des Gesetzes sagt hiervon nichts, sondern macht bloß dem Delaten zur Pflicht, sich über Annahme oder

des sächs. Proc. §. 88. Heise u. Cropp, jurist. Abhandl. I. S. 266. Linde im Archiv XIV. S. 428, Not. 16.

2) Auf ähnliche Weise drücken sich fast alle Rechtslehrer aus, die die eventuelle Eidesdelation nach den Grundsätzen des gemeinen Civilprocesses behandeln; vergl. Claproth, ordentl. Proc. II. §. 290.: „ist aber offenbar nichts bewiesen," Schmidts hinterl. Abhandlungen: verb. „wenn nichts bewiesen worden ist," Quistorp rechtl. Bem. II. Bem. 13. und Gönner Handb. II.: „wenn die gebrauchten andern Beweismittel die gewünschte Wirkung nicht haben," Glück Comm. §. 800. S. 292, Gensler im Arch. I. S. 157.: „wenn die andern Beweismittel factische Beweisgründe für des Richters Überzeugung nicht hervorbringen sollten." S. auch Schmid im Handb. des deutschen Proc. II. S. 198.

3) Daraus geht hervor, daß auch der eventuelle Eid innerhalb der Beweisfrist deferirt sein muß, worüber man in dem gem. Civilprocesse viel gestritten hat. S. Heise u. Cropp a. a. O.

4) Auch diese Puncte sind bestritten — vgl. Höchster in der Gießener Zeitschr. X. S. 415 ff., dagegen Linde ebend. XI. S. 124. —, durch unser Gesetz aber entschieden.

Relation des zugeschobenen Eides zu erklären; allein er erläßt ihm auch nicht die Pflicht zur Einlassung auf jene Artikel, und daher liegt kein Grund vor, ihn von dieser Pflicht freizusprechen.

§. 3.

Eine besondere Gewissensvertretung findet gegen den eventuellen Eidesantrag nicht statt; vielmehr ist der Gegenbeweis (versteht sich der directe) als Gewissensvertretung zu benutzen. Über die Frage: ob, wenn durch den letztern nichts bewiesen worden ist, der Regreß zum Schiedeseide noch stattfinde, hat sich das Gesetz wörtlich nicht ausgesprochen, und es könnte daher scheinen, als müsse derselbe da, wo, wie im Neustädter Kreise, die Erl. Pr.Ordnung (ad Tit. XIX. §. 1.) gilt, nach wie vor, wegfallen. Dem ist aber nicht so; denn dieß würde gegen den Geist des Gesetzes von 1849 (die Absicht des Gesetzgebers) verstoßen, ja sogar mit dem, was das Gesetz will, in Widerspruch stehen, indem ja sonst, wenn ein directer Gegenbeweis geführt wäre, die eventuelle Eidesdelation gar keinen Zweck hätte und völlig illusorisch wäre. Die angeführte Bestimmung der Erl. Proc.Ordnung ist also durch das Gesetz von 1849 bei der eventuellen Eidesdelation für aufgehoben zu achten, wenn gleich der directe Gegenbeweis zur Gewissensvertretung benutzt worden wäre.

Ein Gleiches gilt von der Bestimmung der A. Churf. Pr.Ordnung Tit. XIX. §. 2. und der Eisenacher Pr.Ordn. Tit. X. §. 15., nach welcher der Delat nach fehlgeschlagener Gewissensvertretung nur noch zur Ableistung des Schiedeseides, nicht mehr zur Relation desselben gelassen wird; denn die Zurückgabe des Eides ist ja bei der eventuellen Eidesdelation unbeschränkt gestattet (§. 2.).

§. 4.

Ist nun vom Producenten Be-, vom Producten Gegenbeweis geführt, und beide Beweise sind verfehlt, z. E. die beiderseitigen Zeugen haben ausgesagt, sie wüßten von den betreffenden Thatsachen nichts, so kömmt es zu dem eventuell gebrauchten Eide, und dieses ist das eigentliche, ja, wie sich später zeigen wird, ausschließliche Gebiet seiner Anwendung. Denn hat Producent für sich voll bewiesen, so tritt Verurtheilung seines Gegners ein, und ist sein Beweis kein voller[5]), so wird ihm entweder der Erfüllungseid oder dem Producten der Reini-

5) Ob der für den Producenten gelieferte Beweis durch seine oder des Producten Zeugen erbracht worden ist, gilt gleich, denn durch die Production werden die Beweismittel gemeinschaftlich.

gungseid auferlegt (§. 1. des Ges.); von dem eventuellen Schiedseide kann dann nicht weiter die Rede sein.

§. 5.

Auch das ist noch klar, daß, wenn der Product einen directen Gegenbeweis angetreten hat, und für ihn soviel bewiesen worden ist, daß er zu einem Erfüllungseide gelassen werden kann, auf diesen erkannt werden muß. Er ergänzt dann seinen pro exoneranda conscientia zum Theil erbrachten Beweis, welcher in dem directen Gegensatze von dem besteht, was Producent zu beweisen hatte, durch seinen Eid. Dieser dem Producten obliegende Erfüllungseid fällt scheinbar, nämlich seinem Inhalte nach, mit einem Reinigungseide des Producten in dem Falle zusammen, wenn der Producent etwas, aber nicht soviel bewiesen hat, daß ihm der Erfüllungseid zuerkannt werden kann. Beide Eide sind aber im übrigen wesentlich verschieden; denn der Reinigungseid des Producten tritt ein, wenn ein unvollkommener Beweis für den Producenten vorliegt, der Erfüllungseid hinsichtlich seiner Gewissensvertretung wird dem Producten aber dann auferlegt, wenn für ihn, d. h. für das Nichtsein des Anspruchs des Klägers, ein unvollständiger Beweis vorhanden ist, und zwar ein solcher, der die Zuerkennung des Erfüllungseides rechtfertigt.

Wie aber, wenn dieses nicht der Fall, wenn also für den Producten nicht soviel bewiesen wäre, daß er zu einem Erfüllungseide gelassen werden könnte? Kann dann etwa von einem Reinigungseide des Producenten die Rede sein?

Niemals! Denn wenn er diesen auch leistete, so wäre zwar der Gegenbeweis (als Gewissensvertretung) entkräftet; er hätte aber immer noch nicht das bewiesen, was ihm zu beweisen oblag, nämlich seinen Beweissatz. Es wäre also die Sache ganz wieder auf dem Flecke, wie er vor der Beweisführung, wo auch noch nichts bewiesen, war. Aber — fragt sich weiter — kömmt es dann nicht noch zu dem eventuell angetragenen Eide?

Die literarische Ausbeute, die ich über die vorliegende Frage bei den Processualisten habe finden können, ist sehr gering. Mit Bestimmtheit sagen sie bloß das, was ohnehin keinem Zweifel unterliegt, nämlich daß die eventuelle Eidesdelation dann wegfalle, wenn gegen den Producenten voll bewiesen, und daß beim Vorhandensein des im Eingange dieses Paragraphen erwähnten Falles dem Producten ein Erfüllungseid aufzuerlegen sei. Vgl. Danz im ordentl. Proceß §. 262.

Bülow u. Hagemann pract. Erört. Bd. I. Erört. 47. Spangenberg in d. Gießener Zeitschr. Bd. IV. S. 211. Gensler im Archiv Bd. I. S. 159 f. Schmid im Handb. des deutsch. Civ.Proc. §. 125. S. 198 u. 199. Linde im Archiv VI. S. 200.

Nach dem gemeinen Civilprocesse sowohl als dem Weimarischen Gesetze müssen drei Fälle unterschieden werden, und zwar folgende:

a) wenn ein Gegenbeweis zwar angetreten, auch der Beweis gegen den Producenten, aber nicht so ausgefallen ist, daß dem Producten bezüglich seiner Gewissensvertretung ein Erfüllungseid auferlegt werden kann, z. E. ein verdächtiger Zeuge sagt gegen den Producenten aus, alle andern Zeugen wissen nichts von der Sache;

b) wenn der Producent gegen sich bewiesen hat, aber vom Producten kein directer Gegenbeweis angetreten worden ist, und

c) wenn die beim directen Be- und directen Gegenbeweise gebrauchten Beweismittel sich gegenseitig aufheben; z. E. ein Zeuge bejahet, der andere verneint den Klagegrund.

Wir bleiben zunächst bei dem Falle unter a. stehen.

§. 6.

Martin im Civilprocesse §. 228. (217.) Not. 9., Gensler im Arch. a. a. O., Schmid a. a. O. sprechen in dem im vorigen Paragraphen unter lit. a. erwähnten Falle von Notheiden, die der Richter auferlegen könne. Daß ein Erfüllungseid des Producten bezüglich des Thema seiner Gewissensvertretung eintreten kann, ist richtig, ein Reinigungseid ist aber in unsrem Falle nach dem gemeinen Proceßrechte und dem Weimarischen Gesetze juridisch undenkbar. Denn wer soll sich reinigen? Doch nicht der Product wegen des Beweises, der für ihn vorliegt? Oder der Producent? — Eben so wenig, denn dann wäre, wie schon oben bemerkt ist, selbst nach Ableistung des Reinigungseides, immer noch nichts für ihn bewiesen. Bei gewählter Gewissensvertretung oder, was dasselbe ist, bei dem als solche zu betrachtenden directen Gegenbeweise ist ein Reinigungseid nur nach denjenigen Gesetzgebungen denkbar, nach welchen bei verfehlter Gewissensvertretung ein Regreß zur Ableistung des Schiedeseides ebensowenig zulässig ist als dessen Relation. Das ist nach der Erl. Pr.Ordn. ad Tit. XIX. §. 1. und nach dem S. Sondersh. Civilprocesse von 1834 §. 79. der Fall, denn nach diesen Proceßordnungen soll, bei verfehlter Gewissensvertretung, das Gegentheil von dem, was der Product hat beweisen

wollen, aber nicht bewiesen hat, also das thema probandum des Producenten, für wahr angenommen werden. Hat daher der Product weniger als halb bewiesen, so hat der Producent diesen Beweis durch einen Reinigungseid zu beseitigen, worauf nun sein Beweissatz als voll bewiesen angenommen wird. Ganz anders ist es nach der Alten Churf. und Eisenacher Proceßordnung, welche, wie der gemeine Proceß, den Regreß zur Eidesleistung noch gestatten, und deßhalb gedenken sie des Reinigungseides bei der Gewissensvertretung mit keiner Silbe, während die beiden andern Proceßordnungen ihn ausdrücklich nennen. Also von einem Reinigungseide kann, wenn es sich um einen für den Producten und gegen den Producenten vorliegenden unvollständigen Beweis handelt, nach dem gemeinen Processe und dem Weim. Gesetze nie die Rede sein.

Ich bin aber auch ferner der Ansicht, daß in einem Falle der gedachten Art der eventuell deferirte Eid für unzulässig erachtet werden muß, jedoch selbstverständlich nur dann:

> wenn sich aus einem andern Beweismittel für oder gegen das Dasein derselben Thatsache, über welche der Eid eventuell zugeschoben ist, ein directer Beweis — sei es immerhin ein unvollständiger — bereits ergeben hat.

Diese meine Behauptung stütze ich auf den ganz einfachen Grund, weil sonst eine gleichzeitige Häufung des Eides mit einem andern Beweismittel vorläge, welche nach gemeinem und sächsischem Processe unzulässig ist. Diese Lehren hat noch Niemand bestritten. Die A. P.-Ordnung Tit. XVIII. §. 3. sagt mit dürren Worten:

> Es wird auch dem Deferenten nicht vergönnet, daß er sich zugleich und conjunctim des Beweises und der Eidesdelation über einen Klagartikel gebrauchen möge.

Der Sinn dieser Bestimmung geht offenbar dahin, daß über einen Thatumstand, über welchen schon durch ein anderes Beweismittel als den Eid ein directer Beweis, gleichviel von welchem Grade, erbracht ist, nicht noch der Schiedseid gebraucht werden solle. Aus ihr, als dem allgemeinen Grundsatze, fließen die ferneren unbestrittenen Bestimmungen, daß gegen den klaren Inhalt einer Urkunde ebensowenig, als gegen einen durch Zeugen geführten Beweis dem Producten bei seinem directen Gegenbeweise der Gebrauch der Eidesdelation gestattet ist. Mit einem Worte: der Gesetzgeber will nicht, daß über eine Thatsache, über deren Dasein oder Nichtdasein sich schon andere Beweismittel direct

verbreiten, ein Schiedeseid noch geschworen werden soll. Will man daher nicht den Gesetzgeber eines Widerspruches mit sich selbst zeihen, so muß man annehmen, daß er die eventuelle Eidesdelation nur für den Fall gestattet habe, daß nach dem Gebrauche anderer Beweismittel noch res integra sei, d. h. daß sie weder für noch gegen das thema probandum directe Beweise enthalten; denn nur in diesem Falle ist von einer Cumulation des Eides mit andern Beweismitteln nicht die Rede; in dem entgegengesetzten aber würde der Richter, da er durch sein Erkenntniß auf den Eid die eventuelle Delation in eine pura verwandelt, gegen das Gesetz verstoßen, indem er einen Schiedeseid über eine Thatsache schwören läßt, über welche zur Zeit seines Richterspruches schon andere Beweise conjunctim vorliegen. Nur zum Überflusse bemerke ich noch, daß es für unsere Frage völlig gleichgültig ist, ob der Schiedeseid erst nach erhobenem Beweise, oder schon vorher bloß eventuell, wie das Weim. Gesetz vorschreibt, deferirt worden ist; denn die Frage über die Wirksamkeit, bezüglich Zulässigkeit desselben, kann natürlich erst nach erfolgter richterlicher Prüfung des Beweises zur Beantwortung kommen.

Für die obige Ansicht spricht noch ein anderer Grund. Nach dem Weimarischen Gesetze soll nämlich der Delat, ehe und bevor er das Resultat des durch andere Beweismittel geführten Beweises kennt, über die Annahme oder Zurückgabe des eventuell zugeschobenen Eides sich erklären. Es würde daher nicht selten der Fall eintreten, daß bei erfolgter Relation des Eides der Producent über eine und dieselbe Thatsache schwören würde, in Bezug auf welche bereits ein Be- oder Gegenbeweiszeuge das directe Gegentheil des von ihm zu beschwörenden Satzes ausgesagt hat. Dann läge aber nicht nur eine Cumulation, sondern sogar eine Collision des Eides mit andern Beweismitteln vor.

Daß dieses mit der Absicht des Gesetzgebers in Widerspruch stünde, bedarf wohl keines Beweises; ja es spricht sogar der Wortverstand des Weim. Gesetzes für die von mir vertheidigte Ansicht; denn die gebrauchten Worte:

> daß durch andere Beweismittel nicht einmal soviel (für den Beweisführer) dargethan sei, um auf einen Nothеid erkennen zu können,

sind offenbar nicht gleichbedeutend mit den Worten:

> daß gegen den Beweisführer bewiesen sei.

§. 7.

(Zu b. §. 5.) Hat der Producent gegen sich bewiesen, der Product aber einen directen Gegenbeweis gar nicht angetreten, so steht zunächst soviel fest, daß von einem Erfüllungseide des Producten, der ihm, hätte er einen als Gewissensvertretung zu benutzenden Gegenbeweis geführt, vielleicht hätte auferlegt werden können, gar nicht die Rede sein kann; denn weder ein Gegenbeweis, noch eine Gewissensvertretung lassen sich ihm aufnöthigen, und ist ein solcher nicht geführt, so fällt eo ipso auch die Auffassung desselben als Gewissensvertretung weg. Es tritt dann nach dem Grundsatze: actore non probante reus absolvitur, Entbindung des Beklagten ein. Der Producent kann nicht zum Erfüllungseide kommen, weil nicht für, sondern gegen ihn bewiesen, und der Product ebensowenig zum Reinigungseide, weil nicht gegen, sondern sogar für ihn bewiesen ist; der eventuelle Schiedeseid ist aber aus den im vorigen Paragraphen entwickelten Gründen unzulässig.

§. 8.

(Zu c. §. 5.) Anders verhält es sich, wenn der directe Be- und Gegenbeweis so collidiren, daß sie sich gegenseitig aufheben; denn dieser Fall muß dem gleichgeachtet werden, wo die beiderseitigen Beweismittel weder für den Be- noch Gegenbeweis etwas Behufiges ergeben haben. Von einer Cumulation, geschweige denn Collision des Schiedeseides mit dem Ergebnisse anderer Beweismittel kann da nicht die Rede sein, weil sich jene gegenseitig aufheben, so daß die Sache auf demselben Standpuncte ist, auf welchem sie vor der Beweisführung war. Die collidirenden Beweisgründe werden als juristisch nicht vorhanden, die sie hervorrufenden Beweismittel als gar nicht gebraucht angesehen, und es ist daher unbedenklich, in einem Falle der Art auf den eventuellen Eid zu erkennen.

§. 9.

Zum Schlusse noch folgende Bemerkung:

Wenn Gensler und Schmid a. a. O. behaupten, daß auf den eventuell angetragenen Schiedeseid (selbst da, wo er sonst zulässig wäre) dann nicht erkannt werden dürfe, wenn eine peremtorische Einrede, die eine selbständige Forderung nicht begründe, voll bewiesen sei, so mag eine solche Bestimmung, wenn es sich de lege ferenda handelt, wohl zu empfehlen sein; aber noch zur Zeit fehlt es ihr an jeder gesetzlichen Begründung, und sie steht mit dem erwähnten Grundsatze: Actore non probante etc. in directem Widerspruche. Sollte der Eid vom Beklag-

ten acceptirt sein, so kann da, wo der §. 1. erwähnte Grundsatz gilt, von einer Berücksichtigung selbst vollständig bewiesener Einreden vollends nicht die Rede sein.

Die Redaction erlaubt sich, der vorstehenden Abhandlung des geehrten Hrn. Verf. noch einige nahe liegende Bemerkungen beizufügen, welche übrigens mehr die legislative Seite des angeregten Gegenstandes betreffen und zunächst durch einen Aufsatz hervorgerufen worden sind, den die Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogthum Braunschweig (Bd I. S. 1 ff.) enthält. Im Herzogthum Braunschweig ist nämlich bis zur Einführung der Civilproceßordnung vom 19. März 1850 die eventuelle Eidesdelation statthaft gewesen, im §. 88. dieses Gesetzes sie aber verboten worden. Der erwähnte Aufsatz erörtert die Folgen, welche dieses Verbot während der bereits mehr als dreißigjährigen Dauer desselben geäußert hat, und gründet darauf den dringenden Wunsch, daß man zu dem früheren gemeinrechtlichen Grundsatz der Zulässigkeit der eventuellen Eidesdelation so bald als möglich wieder zurückkehren möge. „Statt eine Verminderung der Schiedes-Eide in den verschiedenen Civilprocessen herbei zu führen, habe" — so bemerkt dieser Aufsatz — „das erwähnte Verbot sogar eine sehr bedenkliche Vermehrung derselben zur Folge gehabt. Das Motiv der in Rede stehenden Bestimmung, daß es Pflicht jeder Partei sei, die Güte und Stärke ihrer Beweismittel zeitig zu prüfen und sich eine bestimmte Überzeugung davon zu verschaffen, ob und in wie weit ihre Behauptungen dadurch unterstützt würden oder nicht, werde durch die Erfahrung nicht gerechtfertigt, was besonders bei der vorzugsweise wichtigen Beweisführung durch Zeugen eintrete. Nach bekannter Erfahrung werde die Pflicht der Zeugniß-Ablegung gewöhnlich nur ungern erfüllt, was in vielen Fällen nicht ohne Einfluß auf den Inhalt der Zeugen-Aussagen bleibe, nicht zu gedenken des Umstandes, daß weder die Parteien noch deren Vertreter ein Mittel in Händen hätten, die Zeugen, auf welche sie rechneten, zu einer vorherigen Mittheilung dessen, was sie wissen, zu veranlassen, und der ferneren Schwierigkeit, welche durch Abwesenheit der Zeugen einer vorherigen Erkundigung entgegen gesetzt werde, eine Schwierigkeit, welche bei der von Jahr zu Jahr sich mehrenden Beweglichkeit der persönlichen Aufenthaltsorte zunehme. Diese Bedenken würden nicht beseitigt durch die Verweisung auf die sogenannten nothwendigen Eide (Erfüllungs- oder Reinigungseid), welche bei unvollständigen Beweisführungen zur Hand genommen werden könnten und so die Stelle der eventuellen Eidesdelationen auszufüllen geeignet wären, weil bei nur einigermaßen complicirten Beweisführungen durch das Ausfallen eines Gliedes der Beweisführung der ganze versuchte Beweis hinfällig werde und es dann unmöglich sei, auf nothwendige Eide zu erkennen ꝛc. — Die nächste Folge

der Abschaffung der eventuellen Eideszuschiebung sei die gewesen, daß fast über Alles und Jedes von vorn herein der Eid zugeschoben werde. Nehme nun der Gegner den Eid an, schwöre ihn ab und werde die klagende Partei in einem solchen Falle mit ihrer Forderung abgewiesen, so trete nun regelmäßig die Ansicht hervor, daß nun hinterher auf Grund der nicht für ausreichend gehaltenen und deßhalb unbenutzt gelassenen anderen Beweismittel, namentlich etwaiger Zeugen-Aussagen, versucht werden müsse, das zu erlangen, was die Partei glaube von Rechts wegen verlangen zu können. Werde ihr begreiflich gemacht, daß das Civilverfahren zu Ende sei, so verlange sie in der durch den Verlust des Processes herbeigeführten Erbitterung schleunigste Einleitung einer Criminalprocedur mit der Überzeugung, daß Geschworne, wenn sie nur die Zeugen hörten, keinen Augenblick zweifelhaft darüber sein könnten, daß falsch geschworen sei. Bei ruhiger Überlegung werde indeß gewöhnlich ein milderes Verfahren eingeschlagen: die durch den Verlust des Processes jetzt zur äußersten Thätigkeit angespornte Partei lasse von einem Notar die zurückbehaltenen Zeugen verhören und mit den Vernehmungsprotocollen in der Hand werde außergerichtlich von dem freigesprochenen Verklagten abermals Zahlung verlangt unter der unumwundenen Andeutung, daß im Nichtzahlungsfalle die Protocolle dem Staatsanwalt eingehändigt werden würden. Diesen bereits wiederholt vorgekommenen Fällen sei Jedermann ausgesetzt. Gestatte man dagegen den Parteien, ihre sämmtlichen Beweismittel vorzubringen, so würden wiederum wie früher alle Beweismittel dem Gericht auch wirklich vorgelegt werden, sie würden von diesem und der Gegenpartei genau geprüft und der nöthigen Kritik unterworfen, die zum Eid kommende Partei wisse genau, was gegen sie spreche, sie könne darüber mit sich zu Rathe gehen, sich vor bedenklichen Eidesleistungen hüten und die angedeuteten großen nach dem Proceß entstehenden Widerwärtigkeiten würden wegfallen."

Diese Erfahrungen sind gewiß auch außerhalb des Herzogthums Braunschweig von wesentlichem Interesse, weil die geschilderten nachtheiligen Folgen der Aufhebung der eventuellen Eidesdelation mehr oder weniger auch in denjenigen Ländern sich allmählich äußern dürften, deren Gerichte auf dem Grund der Sächsischen Proceßordnungen dieselbe als mit dem Grundprincip des Sächsischen Processes über die Natur des Schiedseides für unverträglich halten, während die Erfahrungen, welche man im Großherzogthum Weimar seit Einführung des Gesetzes vom 5. Juni 1849 hierüber gemacht hat, mit denjenigen übereinstimmen dürften, aus welchen man im Herzogthum Braunschweig die Wiederherstellung der Zulässigkeit der eventuellen Eideszuschiebung für dringend nöthig erachtet. Ein innerer Grund, aus welchem man die eventuelle Eidesdelation als unzulässig ansehen müßte, liegt bekanntlich eben so wenig vor, wie eine ausdrückliche deßfallsige gesetzliche Vorschrift,

vielmehr beruht der Grundsatz von der Unstatthaftigkeit der eventuellen Eidesdelation bei den Sächsischen Processualisten eigentlich nur auf einer bloßen Folgerung. Sie gehen nämlich davon aus, daß der Sächsischen Proceßgesetzgebung die strenge Auffassung der Eideszuschiebung als eines Vergleichs im Gegensatz eines Beweismittels zu Grund liege, und argumentiren dieß theils aus der Vorschrift, daß der Deferent den Eid für Gefährde zu leisten habe; theils aus dem Satze, daß dieses Entscheidungsmittel gleich in der Klage angegeben werden müsse, so wie aus der Scheidung der Klage auf Eid und auf Beweis und aus der sonstigen Gegenüberstellung des Schiedeseides und des Beweises. Auf diese Grundauffassung gestützt, haben sie das in Tit. XVIII. §. 3. der A. G. POrdnung enthaltene bekannte Verbot auch auf die bloß eventuelle Eidesdelation beziehen zu dürfen geglaubt. Diese Voraussetzungen wurden im Großherzogthum Weimar durch die Bestimmungen der §§. 6. 7. 17. 32. und 50. des Proceßgesetzes vom 12. April 1833 insofern alterirt, als nunmehr bloß nur noch nachgelassen — nicht mehr geboten — war, schon in der Klagschrift den Eid anzutragen, der Eid als eins der gewöhnlichen Beweismittel angesehen werden sollte, der Gefährdeeid ganz abgeschafft und die Vergleichsnatur des Schiedseides rücksichtlich des Kostenpuncts ebenfalls aufgehoben wurde. In Folge hievon entstanden bei den Justizbehörden des Eisenachischen Kreises bald sehr erhebliche Zweifel über die nunmehrige Zulässigkeit der eventuellen Eidesdelation und führten, nachdem die verschiedenartigsten Entscheidungen sowohl der inländischen Justizbehörden als auch auswärtiger Spruchcollegien hierüber erfolgt waren, endlich das Gesetz vom 5. Juni 1849 herbei, welches diesen Zweifeln in der Hauptsache ein Ende gemacht hat. — Das Herzogl. Altenburgsche Gesetz vom 14. Octbr. 1852, welches ebenfalls, wie das Weimarsche Gesetz vom 12. April 1833, die Abkürzung und Verbesserung des Proceßverfahrens in Civilstreitigkeiten bezweckt und manche Bestimmungen desselben beinahe wörtlich in sich aufgenommen hat, enthält im §. 8. ebenfalls die Abschaffung des Gefährdeeides und sucht, wie es scheint, jenen Zweifeln über die nunmehrige rechtliche Natur des Schiedeseides dadurch vorzubeugen, daß es im §. 18. die allgemeine Bestimmung enthält, der Eidesantrag über Einreden, Repliken, Dupliken rc. stehe der betreffenden Partei noch innerhalb der laufenden Beweis- und Gegenbeweisfrist zu, der Nothwendigkeit der Eidesdelation in der Klage nirgends gedenkt, der Inhalt des §. 20. aber voraussetzen läßt, daß es derselben nicht mehr bedürfe und insofern die Vorschrift des P. I. Cap. XV. §. 1. der Altenburger POrdnung als aufgehoben angesehen werden müsse. Dieß schließt nun an sich nicht aus, daß daneben die Vorschrift des §. 3. desselben Cap., welche mit Tit. XVIII. §. 3. der A. G. POrdnung beinahe wörtlich übereinstimmt, daneben fortbestehen kann, womit die Zulässigkeit der eventuellen Eidesdelation nach wie vor von selbst ausgeschlos-

sen sein dürfte, allein es erhellt doch auch aus diesem angeführten Landesgesetz wenigstens so viel, daß jene ältere Auffassung von der Natur des Schiedseides im Laufe der Zeit dem Rechtsbewußtsein allmählich fremd geworden und die gemeinrechtliche Ansicht, welche denselben als eins der gebräuchlichen Beweismittel behandelt, an deren Stelle getreten ist, so daß auch für das Herzogthum Altenburg nunmehr kein Grund mehr entgegen stehen dürfte, zur Abwendung jener Nachtheile die eventuelle Eidesdelation ebenfalls zuzulassen und dieß gesetzlich auszusprechen. Daß jene ältere Auffassung von der rechtlichen Natur des Schiedseides auch anderwärts, ungeachtet der Sächsische Proceß daselbst noch in gesetzlicher Kraft besteht, dem allgemeinen Rechtsbewußtsein bereits fremd und das Bedürfniß fühlbar geworden ist, den Schiedseid als gewöhnliches Beweismittel anzusehen und deßhalb den nur eventuellen Gebrauch desselben zu gestatten, dafür sprechen die bereits wahrnehmbar gewordenen mancherlei Versuche der Anwälte, die Zulässigkeit der bloß eventuellen Eidesdelation selbst da zu verfechten, wo noch kein neueres Landesgesetz Veranlassung zu Zweifeln gegen jene Grundansicht der Sächsischen Processualisten gegeben hat.

Es versteht sich von selbst, daß die Gestattung der eventuellen Eidesdelation nicht als das ausschließliche Präservativ-Mittel gegen Meineide und leichtsinnige Eide anzusehen ist, indem, wie die im neuesten Weimarschen Regierungsblatt No. 20. ersichtliche Ministerialbekanntmachung andeutet, jene Erfahrungen auch da gemacht werden, wo die eventuelle Eidesdelation seit 5—6 Jahren bereits gesetzlich gestattet ist, allein es erschien der Redaction doch immerhin zeitgemäß, auch auf jene Erscheinungen als auf eine der Quellen der socialen und sittlichen Gebrechen aufmerksam zu machen, auf welche die Gesetzgebung ihr Augenmerk unausgesetzt mit zu richten hat.

Actenmäßige Darstellung civil- und criminalrechtlicher Entscheidungen.

Bericht über Entscheidungen des Gesammt-Oberappellationsgerichts zu Jena auf eingewendete Nichtigkeitsbeschwerden in Strafsachen.

(Fortsetzung des Aufsatzes in Nro. 7. S. 263.)

XXXIX.

Über die Zulässigkeit eines Mitangeklagten als Entlastungszeugen.

In einer gegen Friedrich L. aus S. wegen Holzdiebstahls anhängigen Untersuchung, in welcher Georg F. aus F. der Theilnahme an diesem Diebstahl beschuldigt wurde und deßhalb mitangeklagt war, hatte der Mitangeklagte L. den F. als Entlastungszeugen dafür angegeben, daß er den Wagen, auf welchem sich das als gestohlen angesprochene Holz befand, an dem Abend, an welchem dasselbe zum Verkauf fortgefahren worden war, einige Zeit verlassen gehabt habe und daß während seiner Abwesenheit das fragliche Holz ohne sein Wissen gebracht worden sein könne.

Die Erheblichkeit dieser Thatsache wurde nicht bestritten, dennoch aber in dem Verweisungserkenntniß des rc. Kreisgerichts zu E. vom 10. August 1854 der F. als Entlastungszeuge aberkannt, weil ein Mitangeklagter in derselben Sache nicht zugleich Zeuge sein könne.

Auf die dagegen von dem L. eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde wurde durch OAGErkenntniß vom 21. Sept. 1854 (No. 179.) der Mitangeklagte F. als Entlastungszeuge zugelassen und zur Rechtfertigung dieser Entscheidung Folgendes bemerkt:

„Die StPOrdnung stelle bekanntlich keine sog. gesetzliche Beweistheorie auf, enthalte daher auch keine Vorschriften über Unfähigkeit, Verdächtigkeit und Glaubwürdigkeit der Zeugen, überlasse vielmehr die Beurtheilung des Werths ihrer Aussagen, sie möchten beeidigt sein oder nicht, lediglich dem freien Ermessen des Richters. Es lasse sich daher kein Grund absehen, aus welchem ein Mitangeklagter als solcher, obschon er natürlich nicht vereidet werden könne, ein unzulässiger Zeuge sein solle rc."

XL.

Über die Anwendbarkeit civilproceßrechtlicher Bestimmungen im Betreff der Vollmachten, der Terminszeit ꝛc. auf das Strafverfahren bei Ehrenkränkungen. Erkenntniß vom 26. Mai 1852 nach S. Meiningen.

In einer Injuriensache der Anna Barbara B. zu H. gegen Johannes W. daselbst hatte die Anklägerin einen Anwalt bestellt und bevollmächtigt, es war aber die zu dem Verhandlungstermin vom Gericht erlassene Ladung nicht diesem Anwalt, sondern der Anklägerin selbst behändigt worden, die Anklägerin in dem Verhandlungstermin gar nicht, deren Anwalt aber erst einige Zeit nach dem Aufruf der Sache übrigens noch vor dem Erkenntniß erschienen und hatte sich zur Vertretung der Anklägerin gemeldet; auf den Widerspruch des Angeklagten war er dann nicht mehr zugelassen und in dem darauf ertheilten Bescheid auf den Verlust der Anklage erkannt, diese Entscheidung auch auf die von der Anklägerin dagegen erhobene Appellation von dem Appellationsgericht zu H. bestätigt worden. Die von der Anklägerin dagegen eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde wurde für begründet und auf Anberaumung eines anderen Verhandlungstermins erkannt aus folgenden Gründen:

1) „Die Nichtigkeit, welche in der Unterlassung einer Ladung des Anwaltes der Anklägerin gefunden werden wolle, sei als nicht vorhanden anzunehmen. Die StPOrdnung Artt. 371. 373. und 374. lasse in dem Verfahren bei Ehrenkränkungen Bevollmächtigte zu, welche sich bei ihrem Erscheinen in einem Termine sofort über ihren Auftrag ausweisen müßten. Ein gehörig legitimirter Bevollmächtigter stehe nun zwar, so weit nicht höchst persönliche Verhältnisse der Partei in Frage kämen, wie z. B. Eidesleistungen, der Partei gleich und man könne darum auch nicht mit dem vorigen Erkenntnisse annehmen, daß nach Art. 372. der StPOrdnung nur die Anklägerin selbst hätte geladen werden können, vielmehr wäre, nachdem der Anwalt der Klägerin Vollmacht beigebracht, auch eine Ladung dieses Anwaltes zulässig gewesen. Allein aus der Gleichstellung des Anwaltes mit der Partei, welche er vertrete, folge noch nicht auf der andern Seite, daß die Partei nun selbst von processualischen Handlungen ausgeschlossen sei, und es könne deßhalb weiter nichts angenommen werden, als daß nunmehr beide, die Partei und deren Anwalt, zu handeln berechtigt wären, weßhalb denn die Ladung mit vollkommenem Rechtsbestand, auch nach der Bevollmächtigung des Anwaltes der Anklägerin, noch an die letztere selbst habe erlassen werden können. Es wäre dann Sache der Anklägerin gewesen, ihren Anwalt weiter in Kenntniß zu setzen, und es könne ungeachtet der in der Vollmacht ausdrücklich enthaltenen Bevollmächtigung zur Annahme von Ladungen nicht für erforderlich gehalten werden, daß der Anwalt hätte besonders geladen werden müssen, folglich aber auch ein Verstoß gegen die bei Strafe der Nichtigkeit

gegebenen Vorschriften des Art. 372. der StPOrdnung nicht vorgefunden werden."

2) „In Ansehung der Richtigkeit, welche darin gefunden werden solle, daß die Anklägerin, weil ihr Anwalt nicht zeitig in dem angesetzten Gerichtstag erschienen, zur weitern Verhandlung nicht zugelassen, sondern ihrer Anklage verlustig erkannt worden, müsse mit dem vorigen Erkenntniß darin übereingestimmt werden, daß die Regeln des Civilprocesses hier nicht in Anwendung gebracht werden könnten. Das Verfahren in Ehrenkränkungssachen sei, wie sich aus dem ganzen 19. Capitel der StPOrdnung ergebe, eine Art des strafrechtlichen Verfahrens, wobei nur da, wo die StPOrdnung besonders darauf hinweise, wie in dem Art. 377., Grundsätze des Civilprocesses herbeigezogen werden könnten. Bei den gegenwärtig einschlagenden Fragen sei nicht auf Regeln des Civilprocesses verwiesen, und es könne daher auch nicht auf die Vorschriften über die Terminszeit, Ungehorsamsbeschuldigung und Verbesserung des Ungehorsams im Civilproceß zurückgegangen werden. Die Bestimmungen im Strafverfahren aber ergäben, daß in Ehrenkränkungssachen nach Art. 372. der StPOrdnung die Vorladung zu einem Gerichtstag, zu einem Termin erfolge, und es sei allerdings angemessen, daß die Ladung auf eine bestimmte Stunde geschehe, damit eine Zeit feststehe, von wo an die Verhandlung der Sache möglicher Weise zu erwarten stehe. Der Verlust der Anklage für den Ankläger trete aber nach Art. 372. der StPOrdnung, vergl. mit Artt. 221, 273. a. E., 374. vorletzter Satz, mit dem Versäumniß des Gerichtstags oder Termins ein. Dieß könne nun nicht so verstanden werden, daß das Versäumniß eintrete, wenn nur die bestimmte Stunde vorüber sei, ohne daß die Partei anwesend gewesen, oder wenn die Partei gerade bei dem nach der bestimmten Stunde erfolgenden Aufruf der Sache noch nicht anwesend sei, sondern es könne nur so verstanden werden, daß das Versäumniß vorhanden sei, wenn die Partei in dem ganzen Gerichtstag oder Termin, soweit er für die fragliche Sache laufe, ausgeblieben wäre. Der Termin beginne in dieser Hinsicht nach Analogie der Vorschriften im Artt. 233. und 251. der StPOrdnung mit dem nach Eintritt der bestimmten Stunde folgenden Aufruf der Sache und endige mit dem Schluß der Verhandlungen, sei dieß nun ein förmlich vom Richter ausgesprochener Schluß, oder eine andere diesen Schluß deutlich kund gebende Handlung, die insbesondere in der Eröffnung eines Erkenntnisses, womit natürlich alle weitere Verhandlung wegfalle, werde gefunden werden müssen. Erscheine nun eine Partei noch innerhalb dieser Terminszeit, so könne darum, weil sie nicht gleich bei dem Aufruf der Sache zugegen gewesen, der Termin nicht für von ihr versäumt und ein Privatankläger darum nicht seiner Anklage für verlustig erachtet werden. Angewendet auf den gegenwärtigen Fall, ergebe sich, daß das in der ergangenen Ladung der Anklägerin gesetzte Präjudiz, daß der Verlust der Anklage aus-

gesprochen werde, wenn sie zur Zeit des Ausrufs der Sache nicht anwesend sei, nicht für gerechtfertigt angesehen werden, und folglich auch keine nachtheilige Wirkung gegen sie äußern könne. Es erscheine im Gegentheil zur Abhaltung des Verlustes der Anklage für ausreichend, daß der Anwalt der Anklägerin noch vor dem Schluß der Verhandlungen in dem Termin erschienen sei."

XLI.

Zur Auslegung und Anwendung des Herzogl. Meiningenschen Gesetzes vom 26. December 1837, die Glücksspiele betreffend.

Nach Art. 4. des vorbemerkten Gesetzes, welches im Art. 8. alle früheren polizeilichen Verordnungen und Gesetze über diesen Gegenstand außer Kraft gesetzt hat, soll derjenige, welcher eine Bank zum Pharo, Roulett oder einem anderen in diese Kategorie gehörigen öffentlichen Glücksspiel auflegt rc., ohne zuvor obrigkeitliche Erlaubniß hierzu erhalten zu haben, nach der Größe des Unternehmens mit 10 — 100 fl. Geldstrafe rc. belegt werden.

Gegen Paul B. zu N. und drei andere Einwohner von da wurde von der Staatsanwaltschaft zu S. auf den Grund einer von dem Feldjäger X. gemachten Anzeige, daß diese vier Personen am 24. Sept. 1854 in der Bierschenke zu N. mit deutschen Karten Lanzknecht gespielt hätten, bei der Kreisgerichtsdeputation für Strafsachen zu S. die gesetzliche Bestrafung beantragt. In dem hierzu anberaumten Verhandlungstermin erschienen nur drei der Angeklagten, der vierte, Paul B., aber blieb aus und wurde in Gemäßheit des in der Ladung zu diesem Verhandlungstermin angedrohten Rechtsnachtheils dieser Anzeige für geständig erachtet und auf Grund des Art. 4. des obenbemerkten Gesetzes zu einer zehntägigen Arreststrafe verurtheilt. Derselbe wendete Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde dagegen ein 1) weil für die in Frage stehende Handlung ein Strafgesetz überhaupt nicht vorhanden sei; 2) weil Art. 4. des Gesetzes vom 26. Decbr. 1837 eine unrichtige Auslegung erlitten habe; 3) weil auf eine andere Strafart, als das angewendete Strafgesetz bestimme, erkannt worden sei. In der Ausführung wurde zu zeigen gesucht, daß die Strafandrohung nur denjenigen angehe, welcher eine Bank zu Pharo oder anderen dergl. Glücksspielen ohne vorgängige Concessionserlangung auflege oder dergleichen Glücksspiele gewerbsmäßig betreibe rc. Nach öffentlicher Verhandlung dieser Appellation erkannte das Kreisgericht zu S. unter Wiederaufhebung des erstinstanzlichen Strafbescheids, so weit derselbe den Paul B. betrifft, dahin, daß derselbe wegen angeschuldigter Übertretung des Gesetzes vom 26. Dec. 1837 freizusprechen sei rc. Gegen diese Entscheidung wendete die Staatsanwaltschaft Nichtigkeitsbeschwerde ein auf den Grund der Artt. 348. 352. und 306. Ziff. 5. der StPOrdnung, es ist aber durch OAGErkenntniß vom 23. Mai

1855 (N. 54.) diese Nichtigkeitsbeschwerde verworfen worden, aus folgenden Gründen:

„Insofern das Kreisgericht zu S. in dem Erkenntnisse zweiter Instanz angenommen habe, der Art. 4. des Gesetzes vom 26. Decbr. 1837 enthalte gar kein Verbot solcher geselliger Hazardspiele, bei denen nicht fortwährend ein Einziger die Bank habe, und frühere Verbote derselben seien vielmehr aufgehoben, und insoferne dagegen von der Staatsanwaltschaft behauptet werde, die Strafandrohung des Gesetzes beziehe sich auf alle Glücksspiele, oder doch auf alle an einem öffentlichen Orte gespielten, mit Bankhaltung überhaupt verbundenen Glücksspiele und die frühern Verbote seien durch dieses Gesetz nicht aufgehoben, sondern nur modificirt worden, liege allerdings eine Frage der Auslegung des Strafgesetzes vor, wegen deren auf Grund der Nr. 5. des Art. 306. der StPOrdnung Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden könne."

„Es müsse jedoch derjenigen Rechtsansicht beigepflichtet werden, von welcher das Gericht zweiter Instanz in seinem Erkenntnisse ausgegangen sei."

„Der fragliche Art. 4. des angezogenen Gesetzes gehe dahin:

„„Wer eine Verloosung von Waaren oder Immobilien unternimmt, deßgleichen wer eine Bank zum Pharo oder Roulett oder einem andern in diese Kategorie gehörigen öffentlichen Glücksspiele auflegt, oder eine Glücksbude mit Waaren= oder Geldgewinnsten aufschlägt, ohne zuvor obrigkeitliche Erlaubniß erhalten zu haben, wird nach der Größe des Unternehmens mit 10 bis 100 fl. Geldstrafe und Confiscation des Bankbestandes oder der zum Gewinn ausgesetzten Gegenstände belegt.""

„Schon der einfache Wortlaut ergebe, daß hiernach nicht die Theilnehmer an einem Glücksspiele, sondern nur die Unternehmer und Bankhalter an Einholung obrigkeitlicher Erlaubniß gebunden, und im Umgehungsfalle mit Strafe bedroht wären, und daß mithin in dem Gesetze auch nur solche Spiele gemeint wären, welche ihrer Natur nach von bestimmten Personen und Bankhaltern zu Ausbeutung des Publicums unternommen würden, bei denen also den bestimmten Unternehmern und Bankhaltern andere Mitspielende gegenüber stünden, und nicht bloß das Bankhalten unter den Mitspielenden der Reihe nach wechsele."

„Bei diesem klaren und unzweideutigen Wortlaute des Gesetzes bedürfe es gar nicht der Herbeiziehung anderer Interpretationsmittel; doch würden auch, wie vom Angeklagten in seiner Gegenschrift ganz richtig ausgeführt worden, die Motive zu dem Gesetzentwurf und die landständischen Verhandlungen (welche näher angegeben sind), ganz zu derselben Auslegung führen."

„Daß die frühern Strafandrohungen gegen Glücksspiele nicht nur hätten modificirt, sondern gänzlich aufgehoben werden sollen, ergebe sich ebenfalls deutlich aus dem Wortlaute des Art. 8. des Gesetzes vom 26. Decbr. 1837."

„Auf die weitere Frage, ob namentlich das Lanzknechtspiel zu der Kategorie der öffentlichen Glücksspiele mit bestimmten Unternehmern oder Bankhaltern gehöre, könne die Nichtigkeitsbeschwerde nicht bezogen werden, weil es sich in dieser Beziehung nur um Beurtheilung thatsächlicher Verhältnisse handele, welche durch das Appellations-Erkenntniß endgültig festgestellt wären. Es brauche nur erwähnt zu werden, daß gar nicht behauptet worden sei, Paul B. sei der Unternehmer und Bankhalter des Spiels gewesen rc."

XLII.

a) Über das Formelle des nach Art. 214. des Altenburger SGBuchs bei dem Verbrechen des Ehebruchs von Seiten des unschuldigen Ehegatten zu stellenden Strafantrags;

b) über die bei dem Zusammentreffen der Nichtigkeitsbeschwerde und der Appellation gegen Enderkenntnisse der Criminalgerichte rc. bezüglich der Beweisfrage nach der Altenburger StPOrdnung von dem Cassationshof einzuhaltende Grenze.

Bei einem gelegentlichen Zusammentreffen des Leinewebers Schw. aus C., eines Ehemannes, mit der Ehefrau des Einwohners P. aus C. am 3. October 1854 im Walde, ohne daß sonst Jemand zugegen war, hatte Ersterer die P...sche Ehefrau umarmt, ihr an die Brüste gegriffen und unter ihre Röcke zu greifen versucht, sie dabei aufgefordert, den Beischlaf mit ihm zu vollziehen, die P. aber diesem Ansinnen nicht nachgegeben und ihm Widerstand geleistet, und Schw. war endlich von seinem Vorhaben abgestanden. Am 6. October 1854 machte die P. in Beisein ihres Ehemannes bei dem Criminalgericht zu R. Anzeige von diesem Vorfall und beantragte Untersuchung und Bestrafung gegen den Schw. Erstere hat auch stattgefunden und nach vorausgegangener strafproceßordnungsgemäßer Verhandlung auf die deßfallsige Anklage des Staatsanwalts das Criminalgericht zu R. den Angeklagten wegen Versuchs eines doppelten Ehebruchs zu einer vierwöchentlichen Gefängnißstrafe verurtheilt rc. In den Gründen wird näher ausgeführt, wie die ganze erwähnte Handlungsweise des Angeklagten keinen anderen Zweck erkennen lasse als den, mit der P. den Beischlaf auszuüben. In dem Versuch, unter die Röcke derselben zu greifen, müsse der Anfang des Verbrechens erblickt werden; es wird ferner der Zweifel erörtert, ob es bei dem Ehebruch überhaupt einen Versuch gebe, und diese Frage bejaht; auch weiter angenommen, daß ein Strafantrag vorliege. Gegen dieses Erkenntniß ist von Seiten des Angeklagten das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde, daneben aber auch das der Appellation eingewendet worden, was nach Art. 260 ff. der Altenburger StPOrdnung bei Endurtheilen der Criminalgerichte und des Gerichtshofs zulässig ist.

Die Nichtigkeitsbeschwerde war darauf gestützt, 1) weil die Staatsanwaltschaft nach dem Schluß der Voruntersuchung unberechtigterweise die

Anklage gegen Schw. erhoben und die Bestrafung des Schw. beantragt habe, 2) weil dem Angeklagten bei der Hauptverhandlung ungeachtet eines an das Gericht gestellten ausdrücklichen Antrags (dieser ging dahin, die P. als Zeugin darüber zu vernehmen, ob sie seit jenem Vorfall ihrem Ehemann wieder beigeschlafen habe) Befugnisse gesetzwidrig beschränkt worden wären, welche als Mittel der Vertheidigung anzusehen wären (indem dieser Antrag von dem Vorsitzenden des Criminalgerichts zurückgewiesen worden war). Beide Gründe sind als Nichtigkeitsgründe in dem Art. 260. Ziff. 1. und 2. in Verbindung mit Art. 190. Ziff. 2. der StPOrdnung anerkannt. Die Appellation war hauptsächlich auf den im Art. 272. Ziff. 2. der StPOrdnung enthaltenen Grund gestützt, daß die That durch unrichtige Gesetzesauslegung einem falschen Strafgesetz unterzogen worden sei (weil sie als Ehebruchsversuch angesehen worden). Da im Art. 287. der StPOrdnung verordnet ist, daß im Falle des Zusammentreffens beider vorerwähnten Rechtsmittel gegen ein und dasselbe Enderkenntniß zunächst das der Nichtigkeitsbeschwerde und erst dann, wenn es erforderlich ist, das der Appellation zur Erledigung gebracht werden soll, so war das OAGericht in der Lage, zuerst in der Sache erkennen zu müssen, wobei hauptsächlich die Frage in Betracht kam, ob in der dem Angeklagten zur Last gelegten Handlungsweise ein Ehebruchs-Versuch enthalten sei? Das die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet verwerfende OAGerichtserkenntniß vom 24. Mai 1855 (No. 64.) enthält folgende Entscheidungsgründe:

„Die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde sei zuvörderst darauf gestützt, daß die Staatsanwaltschaft bei einem Verbrechen, welches nur auf Antrag eines Betheiligten verfolgt werden könne, unberechtigter Weise ohne einen solchen Antrag aufgetreten sei. Dieser Nichtigkeitsgrund könne nach Artt. 262. und 266. der StPOrdnung nicht als versäumt angenommen werden, denn was hier von Nichtigkeiten bei Vorbereitung der Hauptverhandlung vorgeschrieben sei, könne nicht auf die Nichtigkeit wegen Mangels eines Antrags bezogen werden. Der Antrag sei zwar eine Vorbedingung des ganzen Strafverfahrens, eine solche Vorbedingung sei aber etwas anderes als eine bloße Vorbereitung zu der Hauptverhandlung."

„Bei materieller Prüfung dieses Nichtigkeitsgrundes sei zu berücksichtigen, daß derjenige Theil des vorigen Urtheils, wodurch die That als Ehebruchsversuch angesehen, und unter Artt. 212. und 26. des CGBuchs gezogen worden sei, durch Nichtigkeitsbeschwerde nicht angegriffen werden könne (Art. 260. der StPOrdnung), daß die hiergegen gerichteten Gründe, insbesondere die Ausführung, daß keine Versuchs-, sondern nur allenfalls Vorbereitungshandlungen zum Ehebruch, oder ein anderes Verbrechen, als Beleidigung, Nöthigung, Nothzucht vorliege, der Beurtheilung des Richters in der Nichtigkeitsinstanz entzogen wären, und daher auch nicht mittelbar

zur Unterstützung der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde gebraucht werden könnten, hier vielmehr wenigstens zur Zeit, und vorbehältlich der deßfalls noch schwebenden Appellation, davon auszugehen sei, daß ein unter die erwähnten Artikel des CGBuchs fallender Ehebruchsversuch wirklich vorliege."

„Von diesem Gesichtspuncte aus könne es nicht zweifelhaft sein, daß P., da ein Ehebruchsversuch gegen seine Ehefrau als vorläufig feststehend anzunehmen sei, zum Antrage auf Bestrafung berechtigt erscheine. Er habe aber auch einen solchen Antrag gestellt. Denn wenn auch bei der Anzeige vom 6. October 1854 zunächst die P...sche Ehefrau als Denunciantin aufgetreten sei, so habe doch nach dem Schlusse der deßfallsigen Niederschrift P. ebenso wie seine Ehefrau den Antrag auf Bestrafung gestellt, und es sei kein Grund vorhanden zur Annahme, daß dieß bloß eine ehemännliche Genehmignng des von seiner Frau gestellten Antrags sein solle. Habe er dabei noch ferner die rechtliche Natur der Handlungsweise, deren Bestrafung er beantragt, nicht näher bezeichnet, und insbesondere nicht Bestrafung wegen Ehebruchsversuchs verlangt, so erscheine doch dieses Bedenken einerseits nicht erheblich, indem es genügte, die Handlungsweise zur Bestrafung anzuzeigen und dem Richter die Feststellung der rechtlichen Natur derselben zu überlassen; andererseits sei er ja auch bei der Hauptverhandlung, welche nur den Ehebruchsversuch zum Gegenstand gehabt, bei seinem Antrage verblieben, und habe dadurch auf das Deutlichste an den Tag gelegt, daß er Bestrafung des Ehebruchsversuchs verlange."

„Obschon ferner dem Vertheidiger zugegeben werden könne, daß in der Regel beim Ehebruch der Strafantrag gegen beide schuldige Personen gerichtet sein müsse, und daß die dem einen Theil gewährte Verzeihung auch den andern Theil von der Strafe befreie, so könne diese Regel doch nur da Platz greifen, wo es zwei Schuldige gäbe. Falls aber die hier vorliegenden einseitigen Handlungen des Angeklagten, wobei von einem zweiten mitschuldigen Theil keine Rede sein könne, als Ehebruchsversuch wirklich unter Artt. 212. und 26. des CGBuchs fielen, worüber nach Obigem hier nicht zu entscheiden, was vielmehr hier einstweilen als feststehend anzunehmen sei, so folge daraus mit Nothwendigkeit, daß hier auch der Antrag auf die bloße Bestrafung des einzig vorhandenen Schuldigen statthaft und genügend sein müsse. Es sei demnach die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde insoweit unbegründet."

„Was den fernern Nichtigkeitsgrund betreffe, daß dem Angeklagten bei der Hauptverhandlung, ungeachtet eines an das Gericht gestellten ausdrücklichen Antrags, Befugnisse gesetzwidrig beschränkt worden, welche als Mittel der Vertheidigung anzusehen seien, so stehe auch dessen Geltendmachung Artt. 162. und 266. der StPOrdnung nicht entgegen. Denn der Schlußsatz des Art. 262. beziehe sich nur auf die Nichtigkeitsfälle in dem Art. 260. Nr. 3.,

nicht aber auf den Fall dieses Artikels unter Nr. 4., welcher hier in Frage stehe."

„Dieser Nichtigkeitsgrund sei jedoch ebenfalls für unbegründet zu halten schon allein darum, weil der P...schen Frau, als unschuldigem Theil, ein Unrecht nicht verziehen werden und der Angeklagte sich daher auf eine ihr zu Theil gewordene Verzeihung nicht berufen könne. Der auf Bewahrheitung einer solchen Verzeihung bei der Hauptverhandlung gestellte, und vom Criminalgericht zurückgewiesene Antrag auf Befragung der P...schen Ehefrau sei daher als ein erhebliches Vertheidigungsmittel nicht anzusehen und der Angeklagte in seiner Vertheidigung gesetzwidrig nicht beschränkt worden."

XLIII.

Über die Form und den Beweis der Vollmachten der Vertheidiger im Strafverfahren.

Gegen Adolf F. zu H. war bei dem betreffenden Einzelrichter Anklage deßhalb erhoben worden, weil er sich eine Beeinträchtigung fremder Jagdgerechtsame zu Schulden gebracht haben sollte, und ein Straferkenntniß deßhalb erfolgt. Der Angeklagte bat nach Bekanntmachung desselben, die Acten seinem — namhaft gemachten — Anwalt zum Behuf einer etwaigen Appellation mitzutheilen, und der Vater des Angeklagten wiederholte vier Tage darnach diese Bitte, worauf der — namhaft gemachte — Anwalt auch das Rechtsmittel der Appellation gegen diesen Strafbescheid unter Bezugnahme auf den ihm hierzu ertheilten Auftrag eingewendet hat. Von dem Kreisgericht zu W. ist jedoch dieses Rechtsmittel sofort deßhalb verworfen worden, weil der Rechtsanwalt B. — eben der von dem Angeklagten und dessen Vater zur Acteneinsicht 2c. bezeichnete Anwalt — als genügend legitimirt nicht angesehen werden könne 2c. Diese Entscheidung ist auf die von dem Angeklagten auf Grund des Art. 306. Ziff. 4. der StPOrdnung eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde durch OAGErkenntniß vom 24. Mai 1855. (Nr. 65.) wieder aufgehoben worden. Die Gründe dieses Erkenntnisses sind folgende:

„Die StPOrdnung enthalte keine besonderen Vorschriften über die Art und Weise, wie eine Bevollmächtigung der Vertheidiger nachzuweisen sei. Ebenso wenig sei über die Zeit der Beibringung einer solchen Nachweisung etwas bestimmt, ausgenommen in Art. 373. der StPOrdnung für Ehrenkränkungssachen, was auf das ordentliche Strafverfahren nicht zu übertragen sei."

„Man müsse im Allgemeinen davon ausgehen, daß der Vertheidiger bestellt worden sein und daß der Richter sich davon, daß dieß geschehen sei, überzeugen müsse. Dabei könne aber der Richter sich nur durch die Regel des Art. 252. der StPOrdnung und daher in Ermangelung gesetzlicher Be-

weisregeln nur durch die nach gewissenhafter Prüfung der einschlagenden Verhältnisse gewonnene Überzeugung leiten lassen. Es sei folglich nicht gerade eine Vollmachtsurkunde zu verlangen, zumal bei öffentlich angestellten Anwälten, bei denen überhaupt nicht ohne weiteres werde angenommen werden können, daß sie pflichtwidriger Weise einseitig und ohne Auftrag als Vertheidiger auftreten würden. Es müsse auch zu jeder Zeit, so lange es überhaupt noch die Sachlage zulasse, die etwa erforderliche Nachweisung des Auftrags erfolgen können und es könne bei Einwendung von Rechtsmitteln nicht gerade darauf ankommen, daß diese Nachweisung innerhalb der Nothfrist erfolge, obwohl das Gericht, wenn es sich von dem Auftrag zur Einwendung des Rechtsmittels nicht glaube überzeugen zu können, das weiter Geeignete rücksichtlich der Nachweisung des Auftrags veranlassen könne, bevor es auf das Rechtsmittel selbst weiter verfüge."

„In der vorliegenden Sache könne nun nicht zweifelhaft sein, daß volle Überzeugung über den dem Rechtsanwalt B. von dem Angeklagten ertheilten Auftrag zur Einwendung der fraglichen Appellation gewonnen werden müsse."

„Die Bitte des Angeklagten vom 18. December v. J., dem gedachten Anwalt die Acten zum Behuf einer etwaigen Appellation mitzutheilen, die Wiederholung dieser Bitte durch den Vater des Angeklagten am 20. December, die darauf von dem B., einem öffentlich angestellten Anwalt, wirklich geschehene Einwendung des Rechtsmittels, gäben keinem Zweifel Raum, daß die Einwendung durch eine wirklich von dem Angeklagten dazu beauftragte Person erfolgt wäre."

„Wenn nun das Kreisgericht zu W., gegen die Anträge in der Appellation, die nochmalige Verhandlung der Sache in der Appellationsinstanz wegen angeblich fehlenden Auftrags des Vertheidigers gänzlich zurückgewiesen habe, so liege allerdings eine gesetzwidcige Rechtsverweigerung vor, und es sei die in Art. 306. Nr. 4. der StPOrdnung gedachte Nichtigkeit vorhanden, das kreisgerichtliche Erkenntniß aufzuheben, und in der Appellationsinstanz nochmals über die Sache selbst zu verhandeln und zu entscheiden xc."

XLIV.

Über die Anwendbarkeit des Art. 234. des Altenburger Criminalgesetzbuchs auf die in den Artt. 282. und 283. mit Strafe bedrohte Entwendung von Fischen oder Krebsen.

Der Tuchmachergeselle U. aus K. hatte in der Nacht des 28—29. Oct. 1854 in Gemeinschaft mit drei anderen Tuchmachergesellen von da nach vorgängiger Verabredung hierzu einen zwischen Börnshain und Gößnitz gelegenen, dem Gutsbesitzer G. zu B. gehörigen Fischteich durch gewaltsame Entfernung des darin befindlichen Ständers abgelassen und 7—8 Schock Satzkar-

pfen im Werth von 6—7 Thlr. entwendet. Bei dem Fortschaffen dieser Fische wurden die Diebe von zwei Einwohnern aus Dreußen betroffen und angehalten, drei derselben entsprangen unter Zurücklassung eines Sacks, in welchem die entwendeten Fische zum größeren Theil staken, und eines Pfahls, an welchem dieser Sack zum Tragen befestigt war, der genannte U. aber wurde festgehalten und an das Criminalgericht zu Altenburg zur Untersuchung abgeliefert, während die anderen drei Complicen sofort ausgemittelt und von ihrer Heimathsbehörde in Untersuchung genommen worden sind. Bei der Voruntersuchung kam weiter zur Sprache, daß noch während des Einfangens der Fische der Dienstknecht F. aus M. hinzugekommen, von dem U. aber, welcher einen Stock von ziemlicher Stärke dabei in der Hand gehabt, gewarnt worden sei, sie nicht zu verrathen, daß der U. mit diesem Stock dabei drohende Bewegungen gemacht und geäußert habe, es würde sein Letztes sein, wenn er, F., sie verriethe ꝛc. In der von der Staatsanwaltschaft erhobenen Anklage wurde diese Fischentwendung als ein nach Artt. 230. und 234. des CGBuchs zu bestrafender qualificirter und resp. bewaffneter Diebstahl bezeichnet und deßhalb beantragt, die Sache zur Hauptverhandlung vor den Gerichtshof zu verweisen, was auch geschah. Bei der am 26. Febr. l. J. stattgefundenen Hauptverhandlung bestritt der Vertheidiger des Angeklagten U. die Anwendbarkeit des Art. 234. des CGBuchs auf diesen Fall und wollte denselben nur nach Art. 230. etwa mit 3—4 Monaten Arbeitshaus bestraft wissen, der Gerichtshof erachtete aber den Art. 234. ebenfalls für anwendbar und verurtheilte den Angeklagten nach den Artt. 1. 225. 226. 230. 234. 235. 282. 283. des CGBuchs zu einer Strafe von 2 Jahren Zuchthaus. Es wurde in den Gründen ausgeführt, daß derselbe nicht allein als der Anstifter des fraglichen Diebstahls, sondern auch als der thätigste Theilnehmer, namentlich aber als bewaffneter Theilnehmer daran anzusehen sei. Gegen dieses Urtheil des Gerichtshofs hat der Vertheidiger das nach Art. 272. Ziff. 2. 3. der StPOrdnung für einen solchen Fall zulässige Rechtsmittel der Appellation an das OAGericht zu Jena eingewendet 1) weil die dem Angeklagten beigemessene That einem falschen Strafgesetz unterworfen worden sei, 2) weil auf Zuchthaus, mithin auf eine andere Strafart erkannt worden sei als das anzuwendende Strafgesetz bestimme ꝛc.

Durch Urtheil des OAGerichts zu Jena vom 30. Mai l. J. (Nr. 80.) ist diese Nichtigkeitsbeschwerde für begründet erachtet, das Erkenntniß des Gerichtshofes vom 26. Febr. wieder aufgehoben und auf eine Strafe von 9 Monaten Arbeitshaus nach Artt. 283. und 230. des CGBuchs erkannt worden, aus folgenden Gründen:

„Da der Appellant bestreite, daß überhaupt die im 12. Capitel des CGBuchs enthaltenen speciellen Auszeichnungsgründe der Diebstähle ohne Weiteres auch auf die im 15. Capitel vorkommenden Verbrechen zu beziehen

seien, insbesondere auch daß die Strafbestimmung des Art. 234. auf das Verbrechen gegen Artt. 281. u. 283. des CGBuchs anzuwenden sei, so habe er allerdings eine unrichtige Gesetzesauslegung und dadurch herbeigeführte Anwendung eines falschen Strafgesetzes behauptet und sich daher mit Recht auf den Appellationsgrund Nr. 2. des Art. 272. der StPOrdnung bezogen. Das Rechtsmittel erscheine aus diesem Grunde als an sich zulässig. Den Appellationsgrund Nr. 3. des Art. 272. der StPOrdnung habe Appellant nur als einen Folgesatz aus dem vorerwähnten geltend gemacht."

„Auch die Materialien des Rechtsmittels betreffend habe den Ansichten, welche der Vertheidiger ausgeführt, beigepflichtet werden müssen."

„In dem CGBuch handelten die Cap. 12. bis 15. von den sogenannten Eigenthumsverbrechen. Das Cap. 12. handele vom Diebstahl und Veruntreuung, und es wären darin alle unter den Gesammt-Begriff des Diebstahls fallenden Unterarten desselben, welche durch härtere oder gelindere Strafen vor dem gewöhnlichen Diebstahl ausgezeichnet wären, enthalten, wie Kirchendiebstahl, Leichendiebstahl, Diebstahl durch Einsteigen oder Brechen, Markt- und Taschendiebstahl, bewaffneter Diebstahl, Holz-, Feld- und Gartendiebstahl, Victualiendiebstahl, Diebstahl unter nahen Verwandten u. s. w. Das 13te Capitel handele darauf nicht mehr von Diebstahl, sondern von betrügerischen Handlungen, das 14te von Münzverbrechen, und das 15te nach seiner Überschrift: „von andern Beeinträchtigungen fremden Eigenthums." In diesem 15ten Capitel sei nun der Wild- und Fischdiebstahl mit aufgeführt. Aus dieser Anordnung ergebe sich unzweideutig, daß Wild- und Fischdiebstahl nicht mit unter den Gesammt-Begriff des Diebstahls fielen, und nicht zu den Unterarten des Diebstahls gerechnet worden wären, sondern daß sie als andere Beeinträchtigungen fremden Eigenthums angesehen werden sollten. Der tiefere juristische Grund hiervon liege offenbar darin, daß Wild, welches sich noch in seiner natürlichen Freiheit befinde, sowie Fische in Seeen und fließenden Gewässern noch nicht im Besitz irgend eines Menschen befindlich wären, daß aber der criminelle Diebstahl nach deutsch-rechtlichen Ansichten zu seinem Begriff und Thatbestand voraussetze, daß die Zueignung der Sache durch Verletzung des Besitzes und der Gewehre einer bestimmten Person begangen worden sei."

„Aus diesem Grunde hätten auch gemeinrechtlich die Wild- und Fischdiebstähle nicht als eigentliche Diebstähle gegolten, sondern wären als besondere Verbrechen angesehen worden. Diese Verbrechen erschienen nicht als Hinwegnahme einer Sache, die sich in fremder Gewehre befinde, sondern nur als unerlaubter Eingriff in fremde Jagd- und Fischerei-Gerechtsame. So sehe sie auch das Altenburgische CGBuch an, wie man auch noch daraus sehe, daß sie vor Art. 275. die gemeinschaftliche Überschrift erhalten hätten: „Beeinträchtigung fremder Jagden und Fischereien;" und nur insoweit enthalte dieses CGBuch eine Abweichung von den gemeinrechtlichen Grundsätzen,

als es auch die Entwendung von gefangenen Fischen aus Fischbehältnissen nicht, wie das gemeine Recht, zu den gewöhnlichen Diebstählen, sondern zu den Fischdiebstählen, zu den andern Beeinträchtigungen fremden Eigenthums, rechne."

„Gehörten aber hiernach Wild- und Fischdiebstähle überhaupt nicht mit zu den Diebstählen, so könnten auch die Erschwerungsgründe, welche das 12te Capitel speciell für die Diebstähle aufstelle, nicht ohne Weiteres auf die anderen Beeinträchtigungen fremden Eigenthums bezogen werden, sondern es gälten für diese nur die Auszeichnungsgründe, welche bei denselben im 15ten Capitel erwähnt oder wiederholt wären, wie dieß z. B. in Art. 283. hinsichtlich anderer Auszeichnungsgründe geschehen sei. Hiernach könne auch der Auszeichnungsgrund des Art. 234. nicht auf Wild- und Fischdiebstähle bezogen werden; es gebe daher keinen bewaffneten Fischdiebstahl im gesetzlichen Sinne des Worts; weder Fisch- noch Wilddiebstahl werde durch eine Bewaffnung zu einer gesetzlich durch einen härteren Straffatz ausgezeichneten Art dieses Verbrechens."

„Gegen diese Ansicht könne auch nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, daß Fisch- und Wilddiebstahl im Gesetze auch Diebstahl und Entwendungen genannt worden, und daß in Beziehung auf sie von Dieben die Rede sei. Denn schon nach dem gemeinen Sprachgebrauche habe man bei Beeinträchtigung fremder Jagden und Fischereien von Wilddiebstahl, Fischdiebstahl rc. gesprochen, ohne jedoch diese Verbrechen juristisch zu den eigentlichen Diebstählen zu rechnen, und es gebe kein anderes gebräuchliches Wort dafür, als die von dem verwandten Verbrechen hergenommenen Bezeichnungen."

„Es könne ferner nicht als ein entscheidender Gegengrund angesehen werden, daß für Bestrafung des Wild- und des Fischdiebstahls auf die Strafen des einfachen Diebstahls verwiesen worden sei; denn dadurch, daß ein Verbrechen für eben so strafbar erklärt worden, als ein bestimmtes anderes Verbrechen, habe noch nicht eine begriffliche Identität beider Verbrechen hergestellt werden sollen, wie ja auch hinsichtlich der Bestrafung des Betrugs — Art. 245. — und der im Art. 166. Nr. 2. erwähnten Erpressung auf die Strafen des Diebstahls verwiesen worden sei, ohne daß man deßhalb den Betrug und die Erpressung für Diebstähle zu halten und die speciellen Erschwerungsgründe des Diebstahls auf sie anzuwenden habe."

„Bei der Unzweideutigkeit, mit welcher die Ansicht, daß Wild- und Fischdiebstähle nicht zu den Diebstählen, sondern zu andern Beeinträchtigungen fremden Eigenthums gerechnet werden sollten, in dem CGBuch enthalten sei, wäre es auch unzulässig, aus den Verhandlungen des Königl. Sächs. Landtags eine andere Auslegung hernehmen zu wollen. Die Gründe, welche in den Landtagsverhandlungen für oder gegen eine gesetzliche Bestimmung angegeben worden wären, könnten auch bloß dann eine taugliche Grundlage für die

Auslegung des Gesetzes abgeben, wenn man aus den Verhandlungen ersehe, daß alle Factoren der Gesetzgebung auch in diesen Gründen übereingestimmt hätten; hätten aber bloß einzelne Abgeordnete oder Commissionen, oder ein einzelner der mehreren Gesetzgebungs-Factoren Gründe für ihre Meinung angeführt, so könnte man daraus, daß die Meinung auch von den übrigen Factoren angenommen worden, noch nicht folgern, daß sie dieß auch aus denselben Gründen gethan hätten, welche von Einzelnen vorgebracht worden wären."

„Es sei weiter unrichtig, wenn man daraus etwas herleiten wolle, daß der Gesetzgeber in den Artt. 277—280. 282. 283. den Begriff und die Erfordernisse des einfachen Diebstahls nicht wiederhole, sondern aus dem Art. 223. voraussetze. Diese Artikel setzten vielmehr den Begriff und die Erfordernisse des wirklichen Diebstahls nicht voraus, namentlich nicht nothwendig, daß die Sache aus dem Besitze eines Inhabers hinweggenommen werde, wie dieß zum ordentlichen Diebstahl nach Art. 223. des CGBuchs erfordert werde, ja auch nicht immer, z. B. im Falle des Art. 278, die Aneignung und gewinnsüchtige Absicht."

„Ebenso unrichtig sei es, wenn angenommen werden wolle, daß der Art. 234. des CGBuchs mehr ein selbstständiges, den Character der Eigenthumsvergehen fast überschreitendes Verbrechen enthalte, indem er zu seiner Vollendung nicht einmal die Hinwegnahme einer fremden Sache erfordere, und davon absehe, was und wie viel gestohlen worden sei oder habe gestohlen werden sollen. Es enthalte vielmehr der Art. 234. nur eine einzelne Qualification des Diebstahls, dessen Begriff und Thatbestand er voraussetze."

„Endlich lasse sich nichts daraus hernehmen, daß man den bewaffneten Fischdiebstahl für eben so gefährlich und strafbar halten könne, als einen andern bewaffneten Diebstahl; denn Ansichten und Meinungen über Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit einer gesetzlichen Bestimmung könnten über deren wirkliches Vorhandensein nichts entscheiden."

„Sonach wäre nicht Art. 234. bei Bestrafung des fraglichen Verbrechens in Anwendung zu bringen, sondern es könne nach Art. 283. nur auf die in Art. 230. des CGBuchs enthaltenen Strafen erkannt werden, und zwar komme hier speciell die Strafbestimmung für den Werthbetrag von weniger als zehn Thaler in Anwendung, da durch das Erkenntniß voriger Instanz feststehe, daß die entwendeten Fische 7 bis 8 Thlr. werth gewesen seien."

„Die gesetzliche Strafe bestehe daher in Arbeitshaus vnn 2 Monaten bis zu einem Jahre."

„Berücksichtige man nun den durch das Erkenntniß voriger Instanz factisch feststehenden und durch eine Appellation nicht mehr in Streit zu ziehenden Umstand, daß U. vorzüglich als Anstifter der Verabredung und als

Anführer bei der Ausführung anzusehen sei, ferner den für die Strafzumessung innerhalb des Strafmaßes allerdings in Berücksichtigung zu ziehenden Umstand, daß er sich, um sich allenfalls wehren zu können, mit einem Stock versehen gehabt, und daß er den dazu kommenden Dienstknecht F. bedroht habe, so erscheine eine Arbeitshausstrafe von neun Monaten den vorliegenden Verhältnissen wohl angemessen."

XLV.

Über das Strafandrohungsrecht der Polizeibehörden in dem Großherzogthum Weimar nach dem Gesetz vom 7. Januar 1854, insbesondere über die Befugniß der Bezirksdirectoren zu Strafverboten gegen religiöse Versammlungen.

Durch eine von dem Director des V. Verwaltungsbezirks am 11. Juli 1854 erlassene und in No. 163. 1854 der Weimarischen Zeitung abgedruckte Bekanntmachung war unter Bezugnahme auf einen Ministerialerlaß das Veranstalten außerkirchlicher Versammlungen und das Vorhalten eines Locals zu solchen Versammlungen bei einer Geldstrafe von 10 Thlrn. für jeden Zuwiderhandlungsfall verboten worden, der Gutsbesitzer J. zu U. hatte aber dennoch am 30. October 1854 eine solche religiöse Versammlung mit Predigt in seinem Hause gehalten, die ihm von dem Gemeindevorstand deßhalb abgeforderte Geldstrafe von 10 Thlrn. verweigert und es war darauf die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens gegen ihn beantragt worden. Bei der deßfallsigen Hauptverhandlung berief der Angeklagte sich auf eine von dem Oberpfarrer A. zu Berga ihm zu der stattgefundenen Versammlung ertheilte Erlaubniß und bestritt die Wirksamkeit des erwähnten Verbots deßhalb, weil es vor Abhaltung dieser Versammlung in der Gemeinde nicht bekannt gemacht gewesen sei. Das Justizamt zu B. erkannte aber auf die angedrohte Strafe von 10 Thlrn. und bemerkte auf die vorerwähnte Entschuldigung, daß dem Oberpfarrer A. die Befugniß nicht zustehe, von einem polizeilichen Strafverbot zu dispensiren. Gegen den ganzen Inhalt dieser Entscheidung legte der Angeklagte das Rechtsmittel der Appellation, insbesondere auch aus dem im Art. 306. Ziff. 5. der StPOrdnung angegebenen Grund Nichtigkeitsbeschwerde ein, weil es an einem Strafgesetz fehle und er dennoch für strafbar erachtet worden sei. In der Ausführung wurde bemerkt: Der Richter habe nach dem Gesetz über das Strafandrohungsrecht der Polizeibehörden, bevor er eine für Übertretung eines Polizeiverbots angedrohte Strafe ausspreche, zu prüfen, 1) ob das deßfallsige Verbot in ortsüblicher oder in einer sonst für genügend zu erachtenden Weise bekannt gemacht sei? 2) ob das Verbot von der zuständigen Behörde innerhalb ihres verfassungsmäßigen Wirkungskreises erlassen sei? 3) ob das Verbot gesetzlich begründet sei? Dieses fehle hier, zu 1. deßhalb, weil die Weimarische Zeitung für den Neustädtischen Kreis kein officielles Blatt und die Bekanntmachung jenes Verbots in der Gemeinde

U. auch sonst nicht in der herkömmlichen Weise durch den Gemeindevorstand erfolgt sei; zu 2., weil nach dem Gesetz vom 5. März 1850 und der deßfallsigen Ausführungsverordnung vom 22. Mai 1850 dem Bezirksdirector das Recht zur Einmischung in die inneren Angelegenheiten der lutherischen Kirche nicht zustehe; zu 3. deßhalb, weil die im Großherzogthum Weimar bestehende lutherische Kirchenordnung jedem Mitglied der lutherischen Kirche Haus- und Privatandachten zu halten gestatte, die Aufsicht über solche Versammlungen aber, so weit nicht öffentliche Ruhestörungen dabei vorkämen, den kirchlichen Behörden zustehe. Von der obersten kirchlichen Behörde, dem Kirchenrath, sei auch schon am 26. April 1852 in einer an die Kirchgemeindevorstände erlassenen Instruction gestattet, außerkirchliche Andachtsstunden einzurichten, jedoch so, daß sie zunächst vom Geistlichen oder in dessen Auftrag vom Schullehrer geleitet würden, woraus sich ergebe, daß der Geistliche auch einem anderen christlichen Hausvater eine solche Erlaubniß ertheilen könne. Das Kreisgericht zu W. bestätigte jedoch den justizamtlichen Strafbescheid, worauf der Angeklagte weiter das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde auf Grund des Art. 306. Ziff. 5. einwendete. Dieselbe ist durch OAGErkenntniß vom 30. Mai 1855 (No. 82.) als unbegründet verworfen worden aus folgenden Gründen:

„Bei der Frage wegen Verbots religiöser Versammlungen komme neben der rein kirchlichen Seite die Rücksicht auf das öffentliche Wohl sehr wesentlich in Betracht. Die Zuständigkeit des Großh. Bezirksdirectors, welchem nach §. 9. des Gesetzes über die Neugestaltung der Staatsbehörden vom 5. März 1850 die gesammte polizeiliche Thätigkeit im weiteren Sinne zustehe, soweit sie nicht den Gemeindevorständen oder dem Staatsministerium überwiesen sei, könne daher um so weniger bezweifelt werden, als er zum fraglichen Verbot vom Großh. Staatsministerium noch besonders autorisirt worden sei. Obschon ferner kein Gesetz das Abhalten religiöser Versammlungen verbiete, so könne daraus doch nicht gefolgert werden, daß jeder Staatsangehörige hierzu ein ausnahme- und bedingungsloses unveräußerliches Recht habe, indem ein solches durch kein Landesgesetz gewährleistet werde. Es lasse sich daher auch nicht behaupten, daß durch das fragliche Verbot ein Landesgesetz verletzt würde. Was sodann die Veröffentlichung des fraglichen Verbots in der Weimarischen Zeitung anbelange, so sei diese für vollkommen genügend aus dem Grunde anzusehen, weil nach der Verordnung der vormaligen Großh. Landesregierung zu Weimar vom 2. März 1832 die Weimarische Zeitung als amtliches Blatt in der Art anzusehen sei, daß alle Verordnungen, welche darin eingerückt würden, dadurch zu einer förmlichen Bekanntmachung gelangten, nach welcher sich Niemand mit Unwissenheit derselben solle entschuldigen können, weßhalb es insbesondere auch jeder Gemeinde des Neu-

städter Kreises zur Pflicht gemacht sei, ein Exemplar der Weimarischen Zeitung auf Kosten der Gemeindecasse anzuschaffen."

„Hiernach wären sämmtliche Voraussetzungen hier vorhanden, unter welchen der Richter nach dem Gesetz über das Strafandrohungsrecht der Polizeibehörden vom 7. Januar 1854 verpflichtet sei, auf Grund polizeilicher Strafandrohungen zu erkennen, während die Frage, ob im vorliegenden Falle die Gründe des öffentlichen Wohls so dringend gewesen wären, um das Verbot zu rechtfertigen, mit der der richterlichen Beurtheilung entzogenen Frage über die Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der polizeilichen Verfügung zusammenfalle."

„Könne aber das hiernach als gültig anzusehende Verbot des Bezirksdirectors nur von diesem selbst, oder seiner vorgesetzten Behörde, dem Großh. Staatsministerium, außer Wirksamkeit gesetzt werden, so liege am Tage, daß die angeblich in früherer Zeit aus kirchlichen Gründen vom Großh. Kirchenrathe ausgesprochene Gestattung, sowie die dem Angeklagten ertheilte Erlaubniß zu Abhaltung einer solchen Versammlung ohne alle Wirkung sein müsse. Das vorliegende Straferkenntniß sei nach Vorstehendem auf ein vom Richter anzuerkennendes und in seiner Wirkung nach Art. 347. der StPOrdnung einem Strafgesetz gleichstehendes polizeiliches Verbot gestützt, und die wegen Mangels eines Strafgesetzes erhobene Beschwerde erscheine daher unbegründet."

XLVI.

Zur Auslegung des Art. 238. des StGBuchs über Betrug bei Eingehung von Verträgen rücksichtlich der dabei thätig gewesenen Mäkler.

Bei Gelegenheit einer anderen gegen den Müllergesellen Gr. von N. wegen unbefugter Betreibung eines Victualienhandels verhängten Untersuchung kam zur Sprache, daß er auch Mäklergeschäfte betreibe und bei einem derselben betrügerisch zu Werke gegangen sei dadurch, daß er sich vom eigentlichen Käufer 8 Thlr. für ein Maß Erbsen habe zahlen lassen und demselben bestimmt versichert hatte, es sei die Kaufsumme auf so hoch bestimmt worden und die Verkäuferin wolle den Kaufgegenstand für einen niedrigeren Preis nicht ablassen, während er solchen für 7 Thlr. 21 Sgr. erhandelt und auch nur so viel der Verkäuferin dafür bezahlt habe. Die Staatsanwaltschaft fand sich veranlaßt, die Bestrafung des Gr. wegen Mäkelns ohne Concession und wegen Betrugs zu beantragen, ohne daß von dem Käufer H. oder von der Verkäuferin B. ein deßfallsiger Antrag gestellt worden war.

Das Justizamt zu A. verurtheilte den Angeklagten wegen des angezeigten Betrugs zu einer Gefängnißstrafe von 4 Tagen, auf die von dem Angeklagten dagegen eingewendete Appellation, in welcher er sich nur über die Höhe der erkannten Strafe beschwerte, erkannte aber das Kreisgericht zu

A. am 12. April l. J. dahin, daß der Angeklagte wegen des angezeigten Betrugs mit Strafe zu verschonen sei, weil ein Betrug in Vertragsverhältnissen vorliege und es hiebei an dem nach Art. 238. des StGBuchs erforderlichen Strafantrag fehle.

Auf die gegen diese Entscheidung nach Art. 332. Ziff. 3. und Art. 306. Ziff. 5 u. 6. der StPOrdnung von der Staatsanwaltschaft eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde ist am 27. Juni 1855 (No. 119.) ein cassatorisches Erkenntniß des OAGerichts erfolgt aus nachstehenden Gründen:

„Der Angeklagte habe nach den Ergebnissen der Hauptverhandlung und der thatsächlichen Beurtheilung derselben im vorigen Erkenntniß nur als Vermittler zwischen beiden Hauptcontrahenten, nicht als Hauptcontrahent selbst gehandelt; denn wäre Letzteres der Fall gewesen, so hätte die That überhaupt nicht als Betrug angesehen werden können, da er berechtigt gewesen wäre, theurer zu verkaufen, als er eingekauft gehabt. Auf der anderen Seite habe der Angeklagte aber doch auch in einem Nebencontractsverhältniß zu dem Betrogenen gestanden, indem er von ihm als Mäkler beauftragt gewesen. Betrachte man nun den Nebenvertrag, so habe der Angeklagte allerdings dabei betrogen, aber nicht bei Eingehung dieses Nebenvertrags, sondern bei dessen Ausführung, und es könne aus diesem Grunde bei diesem Betrug nicht auf einen Antrag auf Bestrafung ankommen. Aber auch hingesehen auf den Hauptcontract, könne von dem Erforderniß eines Antrags nicht die Rede sein, weil der Angeklagte zwar bei Gelegenheit dieses Vertrags und als dessen Vermittler betrogen habe, aber nicht als eigentlicher Contrahent. Nach richtiger Ansicht sei nämlich der Art. 238. des StGBuchs nur dahin zu verstehen, daß der Betrug unter den Contrahenten selbst den Antrag erfordere. Darauf weise der Ausdruck „Eingehung von Verträgen“ hin, wobei man nur an die, der Sache nach bei einem Vertrag selbst betheiligten, und nicht an bloße Geschäftsträger und Vermittler denken könne. Habe nun, wie anzunehmen sei, das vorige Erkenntniß diesen richtigen Sinn nicht zur Grundlage seiner Entscheidung genommen, sondern sei über dasselbe hinausgegangen und habe bei dem Betrug eines bloßen Geschäftsvermittlers einen Antrag für nöthig erachtet, und in dessen Ermangelung den Angeklagten freigesprochen, so erscheine allerdings die vorige Entscheidung nach Art. 306. Ziff. 5. resp. 6. der StPOrdnung als nichtig.“ Dr. Hotzel.

Mittheilungen aus der auswärtigen Spruchpraxis — Miscellen.

Rechtsfall. Verbindlichkeit der Eisenbahnverwaltung zur Ersatz verloren gegangener Frachtgüter.

Der Kaufmann H. in Braunschweig gab im März 1848 100 Wispel Roggen theils in Braunschweig, theils in Wolfenbüttel an die ꝛc. Eisenbahngesellschaft zur Weiterbeförderung durch Eisenbahn an C. in Leipzig. Die Waare gelangte indessen nur zum Theil am Bestimmungsorte an, nämlich nur 25 Wispel. Der Kaufmann H. nahm deßhalb die Eisenbahnverwaltung in Braunschweig auf Entschädigung wegen der nicht angekommenen 75 Wispel in Anspruch; die Beklagte bestritt ihre deßfallsige Verbindlichkeit, weil sie die aufgegebene Waare unter der aufgegebenen Adresse an die Magdeburg-Halberstädter Eisenbahnverwaltung in Oschersleben abgeliefert habe. Das Kreisgericht zu Braunschweig, sowie das Oberlandesgericht zu Wolfenbüttel und das dasige OAGericht erkannten diesen Einwand für triftig und wiesen die Klage unter der Voraussetzung, daß er noch beweisen würde, ab, weil der von dem Kläger mit der Beklagten abgeschlossene Speditionsvertrag dieselbe nur verpflichtet habe, die 100 Wispel Roggen bis nach Oschersleben zu liefern, und sie daher für den weiteren Transport nicht mehr verantwortlich gewesen sei (L. 25. §. 7. D. loc. cond. 19. 2. — L. 10. §. 1. L. 11. L. 12. pr. §. 1. D. commod. [13. 6.]). Hierauf und nachdem ermittelt worden, daß die Magdeburg-Halberstädter Eisenbahnverwaltung die aufgegebene Waare nur bis Magdeburg habe gelangen lassen und 75 Centner davon an einen Dritten, den Commissionär der Handlung G. und S., abgegeben habe, weil sie, ihrer Behauptung nach, die letztere zur Disposition über das Frachtgut für befugt gehalten, hat der Kaufmann H. die Magdeburg-Halberstädtische Eisenbahngesellschaft auf Schadensersatz bei dem Kreisgericht in Magdeburg in Anspruch genommen und ist hier die Beklagte in zwei Instanzen, der Klagbitte gemäß, verurtheilt, auch die dagegen eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde, welche übrigens nur die Frage betraf, ob das preußische oder das gemeine Recht hier zur Anwendung komme, von dem Obertribunal zu Berlin durch Erkenntniß vom 12. October 1852 zurückgewiesen worden. In gleicher Weise hat auch das OAGericht zu Dresden entschieden. Sächs. Zeitschr. XIII. S. 318 f.

S. Zeitschr. f. Rechtspfl. im Herzogth. Braunschweig I. Bd. S. 12 f.

Zwang bei Verträgen.

D. aus Braunschweig hatte mit der unverehelichten H. in Stettin ein Kind erzeugt, und war von dieser, da D. von Stettin nach Petersburg abreisen wollte, der Paß desselben mit Arrest belegt worden. In dem deßfall-

sigen Justificationstermin einigte sich D. mit der H. dahin, daß derselbe monatlich für das Kind 1 Thlr. 25 Sgr. Alimente zu zahlen versprach und die rückständigen Alimente sofort auszahlte. Später erfüllte D. sein Versprechen nicht und opponirte auf die von der H. bei dem Stadtgericht zu Braunschweig deßhalb gegen ihn erhobene Klage die Ungültigkeit dieses Vertrags, weil er zu dessen Eingehung gezwungen gewesen sei, indem ihm das Gericht in Stettin eröffnet habe, er dürfe Stettin nicht eher verlassen, als bis er sich zur Zahlung der Alimente verpflichtet; das Schiff, auf dem er bereits das Transportgeld nach Petersburg bezahlt gehabt, sei im Begriff gewesen, abzusegeln; es habe ihm der Verlust dieses Geldes und der in Petersburg zugesicherten Stelle gedroht. Es ist jedoch diese Einrede als unbegründet verworfen und von dem Oberlandesgericht zu Wolfenbüttel in seinem deßfallsigen Erkenntniß vom 6. Mai 1847, unter Bezugnahme auf L. 2. 5. 6. 7. pr. L. 9. pr. L. 25. pr. D. quod met. (4. 2.) L. 4. 7. 9. 10. C. de his quae vi (2. 20.) v. Savigny Syst. 3. Bd. S. 105 ff. Glücks Pand. Comment. 5. Theil S. 487 ff., ausgeführt worden, daß nicht schon jede Handlung, wodurch Jemandem eine nur augenblickliche Verlegenheit bereitet oder ein verhältnißmäßig geringer pecuniärer Verlust als bevorstehend in Aussicht gestellt wird, als ein in ihrer Wirkung die freie Willensbestimmung ausschließender Zwang anzusehen sei, vielmehr hierzu eine Handlung oder Drohung erfordert werde, welche geeignet sei, eine gegründete Furcht vor einem bedeutenden Übel zu erregen und welche der dadurch Bedrohte auf eine andere Weise abzuwenden nicht vermöge. S. die cit. Zeitschr. S. 173.

Correspondenz. (Fortsetzung.) 18) Von B. in E.: Rechtsgutachten verschiedener Juristen-Facultäten, mehrere Controversen über das Schäfereirecht ꝛc. erörternd. Bereits besonders beantwortet. — 19) Von Pl. in A.: Über Artt. 30 u. 76. der Altenb. StPOrdnung. Ebenfalls besonders beantw. — 20) Von K. in S.: a) Abhandlung über den Anfangspunct der Beweisfrist, b) actenmäßige Darstellung civilrechtlicher Entscheidungen: aa) über den Gebrauch des Schiedseids beim directen Gegenbeweise; bb) zu der institutio in rebus certis; cc) das Recht des überlebenden Ehegatten auf die sog. statutarische Portion im Conflicte mit der Pflichttheilsberechtigung von Blutsverwandten (nach Schwarzb. Sondersh. Particularrecht). Die Abhandlung unter a., die Darstellung unter b. aa. eignen sich vorerst nicht zum Abdruck in d. Bl., und die unter b. bb. und cc. erst dann, wenn zum Verständniß der Entscheidungsgründe noch eine gedrängte species facti nachgeliefert worden sein wird. — 21) Von L. in D.: Über das Verbrechen der Begünstigung nach Art. 36. des StGBuchs. — Übrigens muß hierbei auf Anlaß einiger dieser Einsendungen im Allgemeinen noch der Wunsch ausgedrückt werden, daß diejenigen, welche Beiträge für diese Blätter einsenden, sich selbst durch eigene Lectüre derselben in fortwährender Bekanntschaft mit demjenigen erhalten, was dieselben bereits zur Kenntniß der Leser gebracht haben.

Druck und Verlag von Fr. Frommann in Jena.

Blätter für Rechtspflege
in Thüringen und Anhalt

unter Mitwirkung der Herren

Dr. G. Emminghaus, Dr. Heerwart, Dr. Heimbach, Reinhold Schmid,
Gh. R.Rath in Weimar. Gh.JR. in Eisenach. OAGRath in Jena. KGAssessor in Weimar.

herausgegeben von

Dr. J. Chr. Hotzel,
OAGRath in Jena.

Zweiter Band.

1855. Preis des Jahrgangs 2 Thlr. 20 sgr. **Nro. 10.**

Abhandlungen über practische Rechtsmaterien.

Das Verbrechen der Begünstigung nach Art. 36. des Strafgesetzbuches.

Vom Herrn Oberstaatsanwalt Lagemann in Dessau.

In dem ersten Bande dieser Blätter S. 173 u. f. ist zur richtigen Auffassung der strafbaren Betheiligung an einem begangenen Verbrechen ein Rechtsfall mitgetheilt, dessen Entscheidung nach den entwickelten Rechtsgründen mehrere Bedenken erregt.

Es soll im Nachfolgenden versucht werden, den wahren Sinn des Art. 36. des StGBuches darzustellen.

Das StGBuch stellt in seinem speciellen Theile die Betheiligung an der strafbaren Handlung eines Andern durch Nachschuld — Begünstigung nach der That — als ein eigenes Verbrechen nicht unter Strafe, es ertheilt vielmehr, nachdem es im 5ten Capitel des allgemeinen Theils die Lehre von der Theilnahme und Beihülfe an einem Verbrechen durch Mitschuld in den Artt. 31—35. abgehandelt hat, im ersten Absatze des Art. 36. Vorschriften über die Begünstigung und be-

zeichnet als Begünstiger den, welcher dem Thäter nach Verübung eines Verbrechens wissentlich Beistand leistet,

1) um denselben der Bestrafung zu entziehen, sei es durch Hegung und Verhehlung seiner Person, durch Vorschubleistung zur Flucht oder durch Verwischung und Vernichtung der Spuren oder Anzeichen des begangenen Verbrechens, oder
2) um die Vortheile des Verbrechens zu sichern, dadurch, daß er Gegenstände des Verbrechens wissentlich aufnimmt, verheimlicht, annimmt, an sich bringt, an Andere absetzt oder absetzen läßt, oder sonst wegschafft, oder
3) um des eigenen Vortheils willen von den Gegenständen des Verbrechens Nutzen zu ziehen.

In den beiden ersten Fällen unterscheidet dasselbe nicht, ob der Begünstiger lediglich aus Interesse für den Thäter handelte, oder ob der eigene Vortheil dabei das Motiv der Begünstigung war, es zählt aber diejenigen Handlungen speciell auf, welche nach der innern und äußern Seite zum Thatbestande des Verbrechens gehören sollen, ohne jedoch dieselben auf bestimmte Verbrechen zu beziehen. Diese Handlungen, welche sonach den Gattungsbegriff der Begünstigung erschöpfen, lassen sich in folgender Fassung auflösen:

„Wer Kenntniß von einem begangenen Verbrechen hat und dennoch in Beziehung auf dasselbe vorsätzlich u. s. w."

oder

„wer mit der Kenntniß eines begangenen Verbrechens von den Gegenständen desselben vorsätzlich Nutzen zieht."

Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß eine jede dieser Handlungen nur dann strafbar ist, wenn sie mit Vorsatz ausgeführt wurde, weil fahrlässige Begünstigungen, obschon an sich denkbar, mit Strafe nicht besonders bedrohet sind und daher auch die Vorschrift des Art. 30. des StGBuchs bei allen Übertretungen des Art. 36. Platz greift. Allein die vorsätzliche Übertretung dieses Strafgesetzes erfüllt das Kriterium der Begünstigung noch nicht, es muß vielmehr demjenigen, welcher eine der gedachten mit Strafe bedroheten Handlungen absichtlich vorgenommen hat, auch die Kenntniß des begangenen Verbrechens, in Beziehung auf welches die Handlung vorgenommen wurde, beigewohnt haben.

Der Rechtsbegriff „wissentlich" ist daher im Art. 36. nicht gleichbedeutend mit „vorsätzlich" oder „absichtlich," wie dieß in der Eingangs

gedachten Mittheilung behauptet worden ist. Einer solchen Annahme steht der gemeine Sprachgebrauch, auf welchen zunächst in solchen Fällen zurückzugehen ist, in welchen der Gesetzgeber nicht selbst den von ihm aufgestellten Begriff definirt hat, und der besondere Sprachgebrauch des Gesetzgebers entschieden entgegen.

Die Vorsätzlichkeit hat derselbe regelmäßig nur bei solchen Gesetzesübertretungen besonders hervorgehoben, die sowohl aus Vorsatz, als auch aus Fahrlässigkeit begangen werden können und nach beiden Richtungen bestraft werden sollen, z. B. in Artt. 131. 161. im Gegensatze zu Artt. 135. 171., während er bei den Verbrechen, die nur bestraft werden sollen, wenn sie aus Vorsatz begangen worden sind, diese Vorsätzlichkeit nicht mit in den Thatbestand derselben aufgenommen, sondern bezüglich derselben stillschweigend auf die allgemeine Vorschrift im Art. 30. hingewiesen hat.

Sodann beschreibt derselbe in andern Artikeln, z. B. in den Artt. 172. 188., das „Wissen" als die dem Handelnden beiwohnende Kenntniß eines Thatumstandes und bedient sich deßhalb statt des Ausdrucks „wissentlich falscher Eid, wissentlich falsche Anzeige" der Worte: „wer die falsch gemachte Angabe mit der Kenntniß ihrer Unwahrheit eidlich bekräftigt; wer gegen Jemand, dessen Unschuld ihm bekannt ist, ein Verbrechen anzeigt." In noch anderen Artikeln, z. B. in den Artt. 86 u. 87., würde der Thatbestand der Verbrechen, den Ausdruck „wissentlich" mit „absichtlich" vertauscht, offenbar erweitert, also diesen Strafgesetzen ein ganz anderer Sinn untergelegt werden, als der ist, in welchem sie der Gesetzgeber erlassen hat.

Folgen wir nämlich der in der besprochenen Mittheilung angenommenen Auslegung, so muß nach Art. 86. der, welcher absichtlich Schriften verbreitet, welche zur Hemmung der Vollstreckung der Strafgesetze oder der Ausübung der Verwaltungsbefugnisse der Staatsregierung aufreizen, und nach Art. 87. derjenige, welcher falsche, für den Staat nachtheilige oder für die öffentliche Sicherheit beunruhigende Nachrichten absichtlich verbreitet, gestraft werden, ohne daß, wie es doch der Gesetzgeber durch den Ausdruck „wissentlich" scharf bezeichnet hat, ihm der verbrecherische Inhalt der verbreiteten Schriften oder die Unwahrheit der verbreiteten Nachrichten bekannt gewesen zu sein braucht.

Es ist daher nicht abzusehen, weßhalb bei dem Art. 36. der Begriff „wissentlich" eine andere Bedeutung erhalten sollte, als dieß nach dem sonstigen Sprachgebrauche des Gesetzgebers zulässig ist.

Wenn nun ferner in diesem Artikel angeordnet wird, daß derjenige, welcher mit der Kenntniß des begangenen Verbrechens eine der verbotenen Handlungen vornimmt, als Begünstiger des Verbrechens gestraft werden solle und als höchstes Maß dieser Strafe ein Dritttheil der gesetzlichen Strafe für das Hauptverbrechen, resp. 10 Jahre Zuchthaus festgesetzt ist, wenn dieses letztere etwa mit lebenslänglichem Zuchthause bedrohet sein sollte, so dürfte es ebenfalls nicht zweifelhaft sein, daß die Begünstigung, was sich auch schon aus ihrer Stellung in dem Strafsysteme erkennen läßt, nicht als ein für sich bestehendes, selbständiges Verbrechen, sondern lediglich als concursus ad delictum subsequens aufzufassen ist und daher zu ihrer Strafbarkeit ein bestimmtes, von einem Dritten begangenes Verbrechen voraussetzt. Denn daß nur dieses, das wirklich begangene und zu bestrafende Hauptverbrechen als begünstigt angesehen werden darf, folgt von selbst aus den Gesetzesworten „als Begünstiger des Verbrechens" und aus der Vorschrift, daß die Strafe nach der für das Hauptverbrechen angedroheten Strafe abgemessen werden soll. Es ließe sich dagegen allerdings einwenden, daß hiernach in vorkommenden Fällen der Begünstiger mit einer dem Grade seiner Verschuldung nicht entsprechenden, also nicht gerechten Strafe belegt werden könne, wenn er z. B. wohl eine Kenntniß des verübten Hauptverbrechens, nicht aber zugleich eine Kenntniß der erschwerenden Umstände, unter welchen dasselbe begangen wurde, gehabt hat. Man könnte also sagen, die angenommene Auslegung führe dahin, daß der Richter in vielen Fällen bei der Bestrafung der Begünstigung die allgemeine Regel über den rechtswidrigen Vorsatz verlassen müsse.

Einem solchen Einwande beugt aber der Art. 36. ausdrücklich vor, indem dieses Strafgesetz nicht allein kein Minimalstrafmaß, von welchem die Strafe ansteigen soll, vorschreibt, sondern auch den Richter bei Ausmessung der concreten Strafe nicht an die für das Hauptverbrechen vorgeschriebene Strafart bindet, denselben also vollkommen in den Stand setzt, in allen concreten Fällen für die Begünstigung unter Anwendung der allgemeinen für die Zumessung und für die Dauer der Strafen gegebenen Vorschriften (Artt. 10. 42. 44 u. 48. des StGB.) die gerechte Strafe zu finden und auszusprechen.

Wenn also A. aus einer Kirche mehrere dem Gottesdienste gewidmete Sachen in einem Gesammtwerthe von 100 Thlrn. entwendet und B. eine dieser Sachen im Werthe von 1 Thlr. mit der Kenntniß, daß dieselbe entwendet ist, in seinen Nutzen verwendet, C. aber die übrigen

Gegenstände des Verbrechens mit der Kenntniß desselben und seiner Qualification vertreibt, um den daraus erlegten Gewinn mit dem A. zu theilen, so müssen zwar diese sämmtlichen strafbaren Handlungen nach dem zweiten Absatze des Art. 218. des StGBuchs gestraft werden, allein während den A. eine Zuchthausstrafe treffen kann, wird es ganz unbedenklich sein, den C. und B. nach dem verschiedenen Maße der Theilnahme und der größeren und geringeren Einsicht in die Größe der Strafwürdigkeit ihrer Handlungen mit einer Arbeitshaus= und resp. mit einer Gefängnißstrafe zu belegen.

Folgt man dagegen der Auslegung, welche in dem gedachten Aufsatze dem Art. 36. gegeben worden ist, so wird dieses Strafgesetz gegen den allgemeinen Rechtsgrundsatz nicht bloß seinem Grunde nach ausgedehnt, sondern es kann auch die Inconsequenz hervortreten, mehrere strafbare Handlungen, welche nach dem Willen des Gesetzgebers einem Strafgesetze unterfallen sollen, nach verschiedenen Strafgesetzen zu strafen, wie dieß der Fall sein würde, wenn in dem angenommenen Beispiele der B. nur als Begünstiger eines einfachen Diebstahls nach Art. 216. Ziff. 1. bestraft, also mit der Strafe eines Verbrechens belegt werden sollte, welches als Hauptverbrechen nur fingirt wird, aber gar nicht existirt.

Actenmäßige Darstellung civil= und criminalrechtlicher Entscheidungen.

Mittheilungen aus der Spruchpraxis des Herzogl. Anhaltischen Oberlandesgerichts zu Dessau.

Vom Herrn Oberlandesgerichtspräsidenten Dr. Sintenis zu Dessau *).

I.

Internationalprivatrechtliche Fragen betreffend.

1.

G. erhob wider die Gebrüder Johann Andreas Christian S. und Friedrich Franz S. im October 1850 beim Herz. Kreisgericht Z. eine Klage folgenden Inhalts:

„Am 11. Juni 1843 habe ich mit dem Müller Johann Andr. Christian

*) Es ist eine Reihe solcher Mittheilungen in Aussicht gestellt, deren Fortsetzung in den nächsten Nummern dieser Blätter erscheinen wird. Anm. d. Redaction.

S., jetzt in P., den unter A. beiliegenden Kaufcontract dahin abgeschlossen, daß ich ihm meine zu P. belegene Mahl= und Schneidemühle sammt Zubehör für 8500 Thlr. verkaufte, welche Summe er also zu berichtigen versprach, daß er 4000 Thlr. am 1. Juli 1843, 4500 Thlr. aber am 1. Mai 1844 an mich bezahlen wollte, welche 4500 Thlr. als rückständige Kaufgelder gegen jährliche Verzinsung zu 4 Procent bis zum 1. Mai 1844 hypothekarisch auf der verkauften Mühle stehen bleiben sollten.

Diesem Kaufcontract ist der Bruder des J. A. C. S., der Mühlenbesitzer Friedrich Franz S. zu G. besage der unter B. abschriftlich beigefügten Verhandlung, d. d. R. den 21. Juli 1843, als Mitkäufer beigetreten und hat die solidarische Verpflichtung wegen vollständiger Berichtigung des Kaufpreises der 8500 Thlr. übernommen.

Ich habe nun die verkaufte Mühle cum pertinentiis dem Johann Andreas Christian S. sofort nach Abschluß des Kaufcontracts tradirt und hat derselbe von jener Zeit an die Nutzungen davon gezogen, es hat mir derselbe auch diejenigen 4000 Thlr., welche er am 1. Juli 1843 zu zahlen versprochen, wirklich gezahlt.

Allein weder er noch der Mitkäufer Friedrich Franz S. aus G. hat mir die 4500 Thlr. mit den Zinsen, welche sie am 1. Mai 1844 zu zahlen versprochen, gezahlt und haben sie auch den Kaufcontract selbst noch nicht mit mir gemeinschaftlich zur obrigkeitlichen Bestätigung vor dem betreffenden Grundrichter vorgetragen, wozu sie gerichtlich verbunden sind."

Auf dieses Vorbringen gestützt, beantragt der Kläger die Verurtheilung der beiden Verklagten

1) auf die Zahlung der Restkaufsumme von 4500 Thlrn.;
2) vierprocentiger Zinsen davon vom 1. Juli 1843, dem Tage der Übergabe der Mühle, bis 1. Mai 1844;
3) fünfprocentiger Verzugszinsen desselben Capitals vom 1. Mai 1844, als dem Tage der Fälligkeit, bis jetzt;
4) den geklagten Kaufcontract mit ihm gerichtlich vorzutragen;
5) in Alleintragung und Ersatz der Proceßkosten.

Da für die Mittheilung dieses Rechtsfalls nur die von Johann Andreas Christian S. vorgeschützten Einreden, und hauptsächlich die erste, von Interesse sind, so wird sich die folgende Darstellung auf den Gang des Processes bezüglich seiner beschränken, und wird nur im Allgemeinen noch bemerkt, daß beide Brüder sich verschiedenartig auf die Klage einließen und jeder besondere Einreden vorschützte.

Joh. Andr. Chr. S. räumte den ganzen thatsächlichen Inhalt der Klage ein, schützte jedoch folgende drei persönliche Einreden vor:

1) Die Einrede der Nullität des in Rede stehenden Kaufcontracts, weil er zur Zeit des Abschlusses desselben, am 11. Juni 1843, nach preußischem

Landrecht, dem Rechte seiner Heimath, der er damals angehört habe, noch nicht volljährig gewesen sei; erst am 1. Mai 1844 sei er majorenn geworden. Demgemäß stehe ihm zugleich die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu, die er einredeweise geltend mache.

2) Die Einrede enormer Verletzung beim fraglichen Kauf, weil die gekaufte Mühle noch nicht einmal halb so viel werth sei, als wofür er sie gekauft habe. Er habe zwar auf diese Einrede laut Contracts verzichtet; da er sich jedoch über den Werth der Mühle in Ungewißheit befunden habe, könne ihm dieser Verzicht nicht nachtheilig sein.

3) Die Einrede plus petitionis, resp. doli mali specialis bezüglich der Zinsenforderung. Denn laut Kaufcontracts habe ihm Kläger die Mühle hypothek- und schuldenfrei in jeder Beziehung zu gewähren gehabt, auch bis zum 11. Juni 1844 gerichtliche Quittung über die Berichtigung der Hypothekschulden beibringen sollen und ihm an den Restkaufgeldern ein Retentionsrecht eingeräumt. Diesen Verpflichtungen sei Kläger erst in den Jahren 1849 und 1850 nachgekommen. Vor diesen Zeitpuncten habe er mithin dem Kläger auch keine Zinsen von dem Restkaufgelde zu zahlen.

Nach geschlossenem Verfahren wurden die Acten auf Antrag der Verklagten zum auswärtigen Spruch Rechtens versendet und am 30. Juli 1851 ein von der Juristenfacultät zu Heidelberg eingeholtes Erkenntniß eröffnet, welches die beiden Verklagten „sammt verbindlich" in alle fünf obgedachten Puncte des Sachgesuchs der Klage verurtheilte.

In den Entscheidungsgründen bezüglich der drei vom Verklagten vorgeschützten, vorher kürzlich angeführten Einreden heißt es also*):

„Abgesehen von der Einrede der fehlenden Caution wegen der Proceßkosten, die vom Kläger sowohl dem einen als andern Beklagten gegenüber geleistet werden will, ist der Hauptvertheidigungsgrund der, daß der Käufer Christian S. zur Zeit des Vertragsabschlusses minderjährig gewesen sei, diesen Punct jetzt als Einrede vorbringe, und da jede Einrede der Verjährung nicht unterworfen sei, gar nichts darauf ankomme, zu welcher Zeit das Geschäft stattgefunden habe. Es handle sich auch dabei nicht bloß von einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, sondern von einer wirklichen Nichtigkeit, indem die Reichspolizeiordnung alle Rechtsgeschäfte, welche Minderjährige ohne ihren Vormund schließen, für nichtig erkläre, so daß man auf die römische Wiedereinsetzung zurückzukommen nicht nöthig habe. Endlich helfe auch in unsrem Falle nichts die spätere Anerkennung, weil nach dem preußischen Landrechte, welches hier zu entscheiden habe, und zwar

*) Die Stylisirung der folgenden Entscheidungsgründe hat manches Befremdliche; es dürfte die Vermuthung nicht ungegründet sein und konnte hier nicht unerwähnt bleiben, daß der Verfasser die deutsche Sprache nicht als Muttersprache spricht und schreibt.

Thl. I. Tit. V. §. 37.

ein neuer Vertrag in der Zeit der Großjährigkeit abgeschlossen werden müsse, der in der That nicht abgeschlossen worden sei."

„a) Sehen wir zunächst auf das preußische Gesetz, so wollen wir vor allem zugeben, daß, da der Beklagte zu der Zeit des abgeschlossenen Geschäftes noch preußischer Unterthan war, die Bestimmung des preuß. Rechts, wornach die Minderjährigkeit mit dem zurückgelegten 24. Jahre endet, maßgebend ist, denn es handelt sich hier von dem juribus status — von den Personalstatuten. Also der Beklagte hat eine Handlung vorgenommen, gegen welche er als Minderjähriger Einwendungen machen kann. Wenn es sich aber fragt, ob er sich in der Art der Einwendungen auf das preußische Recht berufen kann, so gewinnt die Frage eine andere Richtung: denn selbst zugegeben, daß die Wirkungen der Minderjährigkeit im Allgemeinen von dem Rechte, welches die Minderjährigkeit festsetzt, nicht getrennt werden können — trotz der entgegengesetzten Ansichten, die besonders

v. Savigny im 8. Bande seines Systems §. 362.

hervorhebt und entkräftet, — so hat der gedachte Gelehrte doch selbst hier übersehen, daß besondere Verhältnisse in Betracht kommen können, die sich nicht auf die Bestimmung der Minderjährigkeit, sondern auf die davon unabhängige Anerkennung des Geschäfts selbst beziehen, und hier muß man sich denn allerdings nach dem örtlichen Recht des in jedem einzelnen Falle urtheilenden Richters benehmen, wie das auch von den Schriftstellern über deutsches Privatrecht anerkannt ist.

Beseler, deutsches Privatrecht I. S. 150.

Gerber S. 66.

Hillebrand S. 49.

In dieser Beziehung also hat das preußische Recht keine Anwendung, und schon deßhalb ist die Berufung auf

Thl. I. Tit. V. §. 37.

grundlos."

„Aber auch diese Sätze wohl angesehen, so wollen sie nicht mehr als eine neue Thatsache, welche die Natur eines Vertrages hat, — eine stillschweigende Ratification, die nach dem §. 38. doch gewiß von dem Augenblicke an ihre Bedeutung hat, wo sie ertheilt wird, und wo man nicht einmal eine Retrotrahirung zu verlangen nöthig hat. Es sind dieses die bekannten Sätze des gemeinen Rechts, die auch hier im preußischen Recht wiederholt sind."

„b) Ebensowenig hat dann dasjenige Bedeutung, was der Beklagte aus dem Standpuncte des Reichspolizeirechts anführt. Wenn nämlich das preußische Landrecht Jedem zuläßt, durch eine nachfolgende Erklärung die Ratification dessen zu geben, was im Stande der Minderjährigkeit für ihn

nicht verbindlich war, so will auch die Reichspolizeiordnung nichts Anderes, als daß der Minderjährige nicht ohne Curator handle, sie verfügt aber keinesweges über jene Beziehungen, die der Minderjährige dadurch zu Kraft gebracht hat, daß er als Großjähriger sie anerkannt hat. Man kann von der Bedeutung der römischen Restitution und der Infirmation durch Nichtigkeit in unsern Tagen nichts abhängig machen, denn die Restitution ist ja nichts Anderes, als ein Grund der Infirmation. Die Rescission vernichtet ja das vorausgegangene Geschäft, und eine solche Nichtigkeit, die durch spätere Anerkennung nicht aufgehoben werden kann, findet ja bei uns nicht Statt. Die RPOrdnung will daher nichts Anderes sagen, als der Minderjährige, der ohne Curator gehandelt hat, kann auf irgend eine Weise das ihm nachtheilige Geschäft für infirmirt erklären. Eine besondere Rechtsfolge aber hängt davon nicht ab."

„c) Gehen wir sofort auf die in integrum restitutio selbst über, so ist gewiß, daß der Beklagte in einem vierjährigen Zeitraume sie hätte vorbringen müssen. Zwar beruft er sich darauf, daß alle exceptiones *perpetuae* seien, und es ist dieses wahr, wenn der Beklagte nicht die Gewalt hat, sein Recht geltend zu machen, nach

L. 5. §. 4. D. de doli mali et met. except. 44. 4.

allein, wo dieses der Fall nicht ist, wie bei der restitutio, tritt das entgegengesetzte Verhältniß ein,

v. Vangerow §. 151. No. 5.,

der in der sechsten Ausgabe auch mit Recht eine Ansicht Savigny's bekämpft, die er im V. Band seines Systems S. 350. anführt (wie v. Vangerow angiebt), die aber auf jeden Fall gar nicht hierher gehört: denn daß bei den Restitutionen immer die Zeitfrist beachtet werden muß, ohne Unterschied, ob sie durch eine Klage oder durch eine Vertheidigung nachgesucht wird, giebt v. Savigny selbst zu

V. Bd. S. 415.,

denn, sagt er, es ist genug unrecht, hier die Verjährung auf die Exception zu beziehen, wenn sie gehört zur Restitution; und die Exception ist nur ein zufälliges Mittel, die Restitution geltend zu machen."

„Es hat also gar keinen Zweifel — und zwar nach der Meinung aller Zeiten in einer festen Praxis, — daß der Beklagte die Restitutionszeit hätte beachten müssen."

„Nun ist der Vertrag im Jahre 1844 abgeschlossen, und zwar vor dem 1. Mai — der Beklagte ist an diesem Tage großjährig geworden, und die Restitution hätte also bis zum 1. Mai 1848 nachgesucht werden müssen: die Exception und resp. Restitutionsnachsuchung ist erst am 8. Januar 1851 eingetreten, also lange nach der Zeit, in welcher sie zulässig war."

„Es versteht sich daher von selbst, daß Beklagter mit dieser Einrede

gänzlich abgewiesen werden mußte. Nur ein Punct könnte die Sache bedenklich machen, wenn es sich hier nicht von der Restitution handeln würde, sondern von einer Nichtigkeit im Geiste des Gesetzes, d. i. der Reichspolizeiordnung; denn hier könnte man auf die Savigny'sche Streitfrage zurückkommen, ob ein Verhältniß, welches durch Klage und Einrede zugleich geltend gemacht werden kann, nicht deßhalb erhalten bleibe, weil, wenn man auch die Klage nicht angestellt habe, doch jedenfalls die exceptio erhalten bleibt,

v. Savigny a. a. O. §. 254.

Allein es ist schon oben ausgeführt, daß das Reichspolizeirecht die Grundsätze nicht verändern wollte, welche den Minderjährigen in Beziehung auf die Rescission ihrer Rechtsgeschäfte durch das römische Recht eingeräumt sind. Der Versuch, welchen der Anwalt des Beklagten in dieser Hinsicht gemacht hat, ist daher ganz fruchtlos."

„Eine andere Einwendung, die der Beklagte gemacht hat, ist die der laesio enormis. Er leugnet zwar nicht, daß er im Kaufvertrage auf das Vorbringen dieser Einrede verzichtet habe, allein er stellt vor, daß ein solcher allgemeiner Verzicht ohne Bedeutung und nichts als eine Vertragsformel sei, und will sogar, wenn man darauf nicht eingehen wolle, in integrum restituirt sein, eben weil er zu der Zeit des Vertragsabschlusses noch minderjährig gewesen sei."

„Dagegen entscheidet aber Nachstehendes: Wenn es auch richtig ist, daß die Verzichte auf Vertheidigungsmittel, die zum voraus im Vertrage ausgestellt sind, keine große Bedeutung haben, so muß man doch bei dieser Gelegenheit zwei Puncte unterscheiden:

a) den Punct, wo man gar nicht wissen kann, was wohl in der Folge Nachtheiliges in der Sache eintreten werde und könne,
b) den Punct, wo man die ganze Sachenlage vor sich hat, und, sofern man dieselbe nicht erwägt, in eigener Schuld ist."

„Der Beklagte konnte den Werth der Mühle wohl kennen, und wenn er in Erwägung desselben erklärt hat, daß er deßhalb keine Einwendungen machen werde, so ist er gebunden, wie bei jedem Liberalitätsvertrage. Eben deßhalb hat er vollkommen Recht, wenn er gerade zu diesem Zwecke die Restitution in der Hand nehmen will: allein hier findet dann alles dasjenige Statt, was schon bei der ersten Einrede erinnert worden ist, so daß auch dieser Punct nunmehr ihm nichts helfen wird."

„Zuletzt bringt er die Einwendung der plus petitio. Er glaubt nämlich, daß er den Preis nicht zu bezahlen brauche, bis der Kläger die Mühle von allen Rechten Anderer freigemacht habe, und daß er eben deßhalb Verzugszinsen zu entrichten nicht schuldig sei."

„Von der Retention kann es sich eigentlich hier gar nicht handeln; denn hätte der Beklagte seine Schuld entrichtet, so würde eo ipso der Kläger seine

Verbindlichkeit erfüllt haben, und dieser Standpunct muß daher aufgegeben werden."

„Die Verzugszinsen aber verlangt der Kläger aus einem andern Standpunete. Der Verkäufer kann sie in Folge des Billigkeitsgrundsatzes ansprechen, daß der Käufer nicht zugleich die Sache und den Kaufpreis nützen soll.

L. 13. §§. 20. 21. D. de action. emti venditi 19. 1.

L. 3. Cod. eod. 4. 49. Vatic. Fragm. §. 2.

Weber in den Vers. über das Civilrecht (die rechtl. Gründe Zinsen zu bezahlen) §. 7."

Gegen dieses Erkenntniß wendeten die verurtheilten Verklagten rechtzeitig Appellation an das Herz. Oberlandesgericht ein, indem sie sich durch den ganzen Inhalt des Erkenntnisses beschwert fühlten.

Das Oberlandesgericht bestätigte jedoch nach stattgefundenem Appellationsverfahren das Heidelberger Erkenntniß in allen Puncten durch Erkenntniß vom 30. Sept. 1851.

In den Entscheidungsgründen, die wiederum nur soweit hier releviren, als sie die Appellation des Andreas Christian S. betreffen, heißt es:

„Materialien anlangend, haben wir die Beschwerden beider Appellanten als grundlos befunden und die Appellationen zurückweisen müssen. Denn so viel

A. die Appellation des Johann Andreas Christian S. angeht, so hat derselbe den thatsächlichen Inhalt der Klage, so weit er ihn betrifft, eingeräumt, und seinen Schutz nur in verschiedenen Einreden gesucht."

„Von diesen kommt:

I. zuerst die der Richtigkeit des in Rede stehenden Kaufcontracts in Betracht, indem Appellant anführt, er sei als geborner Preuße, und also bezüglich seiner Großjährigkeit nach preußischem Recht zu beurtheilen, bei dessen Abschluß, am 11. Juni 1843, noch minderjährig gewesen, und habe erst am 1. Mai 1844 die Volljährigkeit erreicht, weßhalb er zugleich die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beansprucht."

„Da der Appellat diese Thatsachen nirgends ausdrücklich eingeräumt, vielmehr sich darüber nur bedingt geäußert hat, so kann es scheinen, daß, wenn auf dieselbe überhaupt bei Entscheidung der Sache Rücksicht genommen werden soll, darüber erst Beweis zu erfordern wäre. Doch würde diese Nothwendigkeit allerdings nur dann anzuerkennen sein, wenn die darauf gebauten Einwendungen nicht auch dann zu verwerfen wären, falls jene Thatsachen begründet sein sollten. Sie können daher im Folgenden unbedenklich als richtig vorausgesetzt werden."

„Die Heidelberger Urtelsverfasser haben nun zwar unseres Erachtens mit Recht diese Einrede verworfen, „„indem eine Nichtigkeit des Geschäfts aus der Reichspolizeiordnung Tit. 32. §. 1., die vielmehr an dem römischen

Rechte hierin nichts ändern, nicht zu deduciren, der Antrag auf Wiedereinsetzung aber verjährt sei.""

„Indessen können wir uns mit der Entwickelung ihrer Gründe und diesen selbst nicht überall einverstanden erklären, indem die genannten Urtelsverfasser nicht nur das preußische Recht sehr unvollständig beachtet haben, sondern auch bei der Combination der preußischen und gemeinrechtlichen Regeln, wonach vorliegender Fall zu beurtheilen ist, nicht mit derjenigen Sorgfalt zu Werke gegangen sind, welche in diesem überaus schwierigen Gebiete unerläßlich ist, wo die anzuwendenden Rechtsnormen selbst erst gefunden, resp. durch Vergleich unter einander und Anpassen an die thatsächlichen Verhältnisse neu construirt werden müssen."

„Es ist ein, ungeachtet vieler sonstiger Zweifel bei Aufstellung international-privatrechtlicher Sätze, allgemein anerkannter Grundsatz, daß, wie die Rechtsfähigkeit, so die Handlungs- und Geschäftsfähigkeit einer Person überall nach dem Rechte des Landes beurtheilt werde, dessen Angehöriger sie ist; im Besondern gilt dieß von der Beantwortung der Frage von der Volljährigkeit und der durch diese bedingten Handlungsfähigkeit;

s. Sintenis, Civil-R. Bd. I. S. 70. und die das. Anmerkk. 18 u. 19. genannten Schriftsteller.

Somit kommt denn bei Beurtheilung der Handlungsfähigkeit des Appellanten als geborenen Preußen, bei Abschluß des gegen ihn klagbar gemachten Contracts zunächst das preußische Recht in Betracht, obwohl derselbe in Anhalt abgeschlossen worden ist. Wenn nun Richter und Parteien sich bei Erörterung des Einflusses des preußischen Rechts auf die Entscheidung der Einrede des Appellanten einzig auf Thl. I. Tit. V. §. 37. (und 38.) des Allgemeinen Preußischen Landrechts beziehen, so ist dieß eben so unvollständig, wie auffallend, daß sie diesen §§. Anwendung auf Handlungen gestatten, die außer Preußen vorgenommen worden sind, — nicht minder, wenn sie den Einfluß der Reichspolizeiordnung, während die Handlungsfähigkeit des Appellanten nach preußischem Recht beurtheilt wird, in einer Weise erörtern, als hätte dieselbe in Preußen Gesetzeskraft."

„Die preußischen Gesetzstellen, welche hier zusammen erwogen werden müssen, sind vielmehr folgende:

Thl. I. Tit. IV. §§. 20. 21. 22.

§. 20. Alle Willensäußerungen der Kinder, welche das siebente Jahr noch nicht zurückgelegt haben, sind nichtig.

§. 21. Willenserklärungen der Unmündigen, welche das vierzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt haben, sind nur insofern gültig, als sie sich dadurch einen Vortheil erwerben.

§. 22. Sind mit dem Vortheile, den ein solcher Unmündiger durch seine Willensäußerung erwerben soll, zugleich Pflichten und Lasten verbun-

den, so erlangt die Willenserklärung ohne Einwilligung seines Vorgesetzten keine rechtliche Wirkung.

ibid. Tit. V. §§. 9. 10. 11. 14. 37. 38.

§. 9. Soweit Jemand zu rechtsgültigen Willenserklärungen fähig ist, so weit kann er auch durch Verträge sich verpflichten.

§. 10. Verträge, wodurch unfähige Personen verpflichtet werden sollen, müssen durch die im Gesetz oder vom Richter ihnen bestellten Vormünder geschlossen werden.

§. 11. Soll eine Person, welche durch Willenserklärungen nur Vortheile zu erwerben fähig ist, durch einen von ihr geschlossenen Vertrag zugleich Lasten übernehmen, so hängt die Gültigkeit des ganzen Vertrags von der vormundschaftlichen Genehmigung ab.

§. 14. Minderjährige und Verschwender werden in Ansehung der Fähigkeit, Verträge zu schließen, den Unmündigen gleich geachtet.

§. 37. Ein Vertrag, welcher wegen der Unfähigkeit des einen Theils unverbindlich ist, erlangt durch ein nach gehobener Unfähigkeit erfolgendes Anerkenntniß nur in so fern verbindliche Kraft, als dieß Anerkenntniß selbst für einen neuen rechtsgültigen Vertrag angesehen werden kann.

§. 38. Ein solcher neuer Vertrag erstreckt sich nur alsdann auf den Anfang des Geschäftes zurück, wenn dieses zugleich ausdrücklich verabredet worden.

(Inwiefern §. 19.

Die Fähigkeit solcher Personen, die zwar das in den Gesetzen für sie bestimmte volljährige Alter noch nicht erreicht, aber doch das zwanzigste Jahr bereits zurückgelegt haben, ingleichen derer, welche für volljährig erklärt sind, ist gehörigen Orts näher bestimmt,

sowie Theil II. Tit. 18. §. 723.

In allen Fällen, wo der Stand eines Pflegebefohlenen männ- oder weiblichen Geschlechts auf die Beurtheilung der Frage: von welcher Behörde die Majorennitätserklärung zu ertheilen sei? Einfluß hat, soll nur auf den Stand, welchen eine solche Person zur Zeit der angeordneten Vormundschaft gehabt hat, gesehen werden,

und Theil I. Tit. V. §. 36.

Wer, seiner Unfähigkeit sich bewußt, einen Andern zur Schließung eines Vertrages verleitet hat, soll als ein Betrüger gestraft werden,

etwa ebenfalls zur Anwendung gelangen könnten, muß auf sich beruhen, indem in den Acten kein thatsächliches Vorbringen der Parteien in Bezug auf deren Voraussetzungen vorliegt.)

„Nach Ansicht dieser Stellen kann es auf den ersten Blick scheinen, als sei die Einrede der Nullität des Geschäfts allerdings gegründet, indem namentlich auch die modificirenden Bestimmungen der cit. §§. 37 u. 38. in ihren

thatsächlichen Voraussetzungen nicht zutreffen und überhaupt außerhalb Preußen keine Geltung haben können. Bei sorgfältigerer Erwägung stellt sich jedoch das Sachverhältniß anders."

„Thatsächlich steht fest, daß der Appellant am 11. Juni 1843 den Kauf abgeschlossen, die Mühle übergeben erhalten, eine Zahlung von 4000 Thlrn. geleistet, darauf am 1. Mai 1844 das vierundzwanzigste Jahr vollendet, seit dem erstern Dato aber schon im Besitz der Mühle und in Bezug ihrer Nutzungen geblieben ist."

„Es kann zunächst die Frage entstehen, ob unter diesen Umständen sich Appellant, den der appellatische Verkäufer offenbar im guten Glauben für volljährig halten mochte, der vielleicht die preußisch-rechtliche Bestimmung eines zur Volljährigkeit erforderlichen höhern Alters, wie in Anhalt, nicht kannte, und da Appellant sich im Kaufcontract „„aus G.,"" einem Anhaltischen Dorfe, nennt — abgesehen davon, daß er sonst nach dem cit. §. 36., da er sein Alter unzweifelhaft kannte, als Betrüger zur Untersuchung zu ziehen sein würde, — der ferner seitdem seinen festen Wohnsitz in Anhalt genommen, sollte er auch noch nicht gemeindeangehörig geworden sein, was übrigens von seinem mitappellantischen Bruder

fol. 40. Actor. I. Instanz

sogar angegeben wird, — überhaupt noch auf das preußische Landrecht und seine daher zu beurtheilende Handlungsfähigkeit berufen könne? Wir überheben uns jedoch der Antwort, indem das Berufen darauf aus andern Gründen als völlig vergeblich erscheint."

„Aus den vorstehend herausgehobenen Stellen des preußischen Rechts erhellt:

1) daß ein zwar nur nomineller Unterschied zwischen Minderjährigen und Unmündigen im Allgemeinen besteht, indem sie in Ansehung der Fähigkeit zu Verträgen gleich beurtheilt werden sollen (§. 14. cit.),
2) daß jedoch diese Unfähigkeit keine absolute und die demnach entstehende Nichtigkeit keine unheilbare ist (§. 37.)."

„Denn wenn auch in der letztern Stelle die Natur eines „„neuen Vertrages"" für das Anerkenntniß der während bestandener Unfähigkeit geschlossenen Verträge erfordert wird, so ergiebt doch der Begriff des „„nachfolgenden Anerkenntnisses"" ganz klar, daß es sich hier neben dem Bezug auf den „„unverbindlichen Vertrag"" um eine Genehmigung desselben handelt, zumal es ja, wenn formell und materiell ein ganz neuer Vertrag erforderlich und nur ein solcher gemeint sein sollte, der Bestimmung gar nicht bedurft hätte, weil doch das keiner ausdrücklichen Erwähnung bedurfte, daß nach gehobener Unfähigkeit der früher Unfähige gültig neue Verträge schließen kann."

„Hier sind wir aber zu dem Puncte gelangt, wo, in Betracht, daß die

Handlungen, wonach eine Ratihabition des Kaufcontracts von Seiten des Appellanten nach vollendetem 24. Jahre angenommen werden muß, in Anhalt geschehen sind, jene und somit das ganze Rechtsverhältniß nicht mehr ausschließlich nach preußischem Recht bemessen werden kann, die zur Anwendung zu bringenden Rechtssätze vielmehr aus einer Combination dieses und des gemeinen Rechts zu gewinnen sind."

„Eine gangbare Doctrin des letztern behält den römisch-rechtlichen Unterschied der Unmündigen und Minderjährigen bezüglich der Handlungsfähigkeit bei, und nimmt nur an, daß dem Minderjährigen die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zustehe, und wenn diese unterblieben, das vom Minderjährigen vorgenommene Geschäft definitiv convalescire; sie nimmt ferner an, daß die Reichspolizeiordnung in dieser Beziehung gar nichts geändert habe. Diese Ansicht machen auch die Heidelberger Urtelsverfasser zu der ihrigen und bringen diese gemeinrechtlichen Sätze auf unsern Fall insofern zur Anwendung, als sie die international-privatrechtliche Controverse:

> ob zwischen der rechtlichen Eigenschaft einer Person an sich (hier der nach preußischem Recht zu bestimmenden Großjährigkeit) und den rechtlichen Wirkungen dieser Eigenschaft (hier der eintretenden unvollkommenen Obligirung des Appellanten aus dem Kauf, im Gegensatz zur Richtigkeit desselben) unterschieden werden dürfe?

bejahen und die letzteren nach dem örtlichen Recht des urtheilenden Richters bemessen."

„Diese Entwickelung ist unseres Erachtens falsch im Ausgangspunct wie in ihrem Gange, obwohl wir das endliche Resultat in Anwendung auf die vorliegende Frage als richtig anerkennen."

„Wir sind nämlich zuvörderst der Meinung, daß der obgedachte Unterschied zwischen Unmündigen und Minderjährigen im practischen Rechte, und zwar durch die Reichspolizeiordnung, aufgehoben und geschwunden sei, wonach also beide einander in der (unvollkommenen) Handlungsfähigkeit durchaus gleichzustellen sind;

> s. Sintenis, Civilrecht Bd. I. S. 140 ff. und das. Anm. 24 u. 32., Bd. III. §. 144. Anm. 1. §. 145. Anm. 1."

„Wir nehmen also nicht an, daß ein von einem (mündigen) Minderjährigen abgeschlossener Vertrag zur vollen bindenden Kraft gelange, sobald nur die vierjährige Verjährungsfrist der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ungenutzt verstrichen ist. (Dieselbe Ansicht liegt dem preußischen Recht zu Grunde, welches übrigens diese Wiedereinsetzung gar nicht kennt,

> s. Koch, das Recht der Forderungen nach gemeinem und preußischem Recht Bd. II. S. 270. 271. a, b.)."

„Da jedoch die Handlungsfähigkeit Unmündiger (infantia majores) keine absolute ist, sondern eine Naturalobligation für sie durch eigene Handlungen

begründet werden kann,

Sintenis a. a. O. Bd. I. S. 139 ff.,

im Stande verminderter Handlungsfähigkeit contrahirte Naturalobligationen aber nach erworbener vollständiger Handlungsfähigkeit durch Genehmigung zur vollen civilen Wirksamkeit gelangen,

Fr. 7. §. 16. Fr. 9. pr. ad Senatusc. Macedon. c. 2. ejusd. tituli,

so gilt das Nämliche auch von den Verträgen, welche Jemand während seiner Minderjährigkeit abgeschlossen und nach erreichter Volljährigkeit genehmigt hat,

s. Sintenis a. a. O. Bd. I. S. 162. Anm. 49."

„Das gemeine Recht nach unserer Auffassung stimmt hiernach im wesentlichen mit dem preußischen (§. 37. cit.) überein. Wenn nun letzteres für die Anerkennung der in der Minderjährigkeit geschlossenen Verträge nach erlangter Volljährigkeit eine bestimmte Form vorschreibt, so kann, wie schon oben bemerkt, diese Vorschrift für den nichtpreußischen Richter bezüglich der in einem Lande gemeinen Rechtens vorgenommenen, eine Genehmigung involvirenden Handlungen nicht maßgebend sein; er ist vielmehr in dieser Hinsicht ausschließlich an das gemeine Recht gewiesen. In diesem Princip treffen wir mit den Heidelberger Urtelsverfassern vollständig zusammen, obwohl dasselbe nach unserm Erachten gar nicht unter die oben erwähnte internationalrechtliche Controverse tritt, indem es sich in dem vorliegenden Falle nicht sowohl um eine Wirkung der Minderjährigkeit nach dem Recht eines bestimmten Landes im Gegensatz zu dem eines andern, sondern um die Wirksamkeit der Handlungsweise eines Großjährigen in Bezug auf ein in der Minderjährigkeit abgeschlossenes Geschäft handelt. Diese aber kann begreiflich nur nach dem Rechte des Landes, in welchem sie vorgenommen worden, beurtheilt werden. Treten daher die Voraussetzungen ein, nach welchen das Geschäft vermöge der Rechte des Landes, in welchem es abgeschlossen worden, nach erreichter Großjährigkeit des frühern Minderjährigen (die allerdings nach seinem heimischen Recht beurtheilt werden mag) vollständig und definitiv convalescirt, so muß der inländische Richter auch das deßfallsige Recht seines Landes bezüglich der nunmehrigen Folgen und Wirkungen zur Anwendung bringen. Sie sind aber für vollständig eingetreten, d. h. es ist eine bindende Genehmigung des Kaufs in concludenten Handlungen als für erfolgt zu erachten, wenn man vergleicht:

a) die Eingeständnisse des membr. litis contest. 12—14., wonach Appellant im Besitz und Bezug der Nutzungen der Mühle nach erreichter Volljährigkeit geblieben ist (Actor. I. Instant. fol. 32.),

b) das, was Appellant (Bl. 11 b. der Appellationsacten) über den Fortbetrieb des Mühlengewerbes seitdem einräumt, und

c) die (fol. 76 ff. Actor. I. Instant.) enthaltenen Zeugenaussagen — dreier Commissionäre — über seine Versuche, die Mühle wieder zu verkau-

fen, — unter denen der Umstand, daß der eine der drei Commissionäre angiebt: Appellant habe ihm den Auftrag zum Verkauf seiner Mühle „„mit Vorbehalt von G.'s (des Klägers) Genehmigung"" ertheilt, darum irrelevant ist, weil die in den übrigen Handlungen zu erkennende Genehmigung des Kaufs durch Behandlung und Verfügung über die Mühle als Eigenthümer, durch die Modification einer einzigen von diesen ganz getrennten, übrigens gleichartigen Handlung in keiner Weise alterirt werden kann."

„Nach dieser Ausführung kann von einer Nichtigkeit des Kaufgeschäfts vom 11. Juni 1843 zwischen den Parteien nicht die Rede, vielmehr kein Zweifel sein, daß dasselbe an sich nunmehr vollkommen zu Recht besteht. Es fragt sich daher nur noch, ob etwa dem Appellanten die gesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ex capite minoris aetatis zu Gute komme? Insofern Appellant seine ganze Thätigkeit bei dem abgeschlossenen Kauf aus dem ihm (vermeintlich) günstigern Gesichtspunct des preußischen Landrechts beurtheilt wissen will, kann es scheinen, daß, da, wie obgedacht, das letztere eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht kennt, von dieser auch zu seinen Gunsten in Anhalt nicht die Rede sein könne. Wir können jedoch die Lösung dieses Bedenkens auf sich beruhen lassen, da der Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand längst verjährt ist. Wenn Appellant sich dawider darauf beruft, daß er diesen Anspruch im Wege der Einrede, nicht der Klage erhebe, so ist dieß bereits von den vorigen Urtelsverfassern hinlänglich abgewiesen."

„II. In Beurtheilung der zweiten Einrede, enormer Läsion bezüglich der gekauften Mühle, schließen wir uns den vorigen Urtelsverfassern einfach an, und verweisen zur weitern Widerlegung des deßfallsigen Vorbringens des Appellanten auf

Sintenis a. a. O. Bd. II. S. 639 f. Anm. 222 u. 223."

„III. Soviel endlich die letzte Einrede des Appellanten, der Zuvielforderung resp. doli mali specialis anlangt, so stützt er diese darauf, „„daß die Zinsen des Kaufgelderrests von 4500 Thalern vom 1. Juli 1843 bis 1. Mai 1844 zu 4 Procent und von da ab zu 5 Procent deßhalb nicht gefordert werden könnten, weil sich Appellat anheischig gemacht habe, die Mühle hypotheken- und schuldenfrei in jeder Beziehung zu gewähren und bis zum 11. Juni 1844 gerichtliche Quittung darüber beizubringen, auch ihm deßhalb ein Retentionsrecht eingeräumt habe. Erst im Jahre 1849 oder 1850 sei indessen Appellat dieser Obliegenheit nachgekommen.""

„Mit diesem letztern Zugeständniß verliert aber die Einrede allen Halt, indem auch Appellant nicht etwa behauptet, als Besitzer der Mühle von den Hypothekengläubigern auf die Zinsen, oder sonst bezüglich einer Leistung in Anspruch genommen worden zu sein, oder durch die verspätete Erfüllung des

vom Appellaten Verheißenen den geringsten Nachtheil erlitten zu haben. Es kommt also nur darauf an, ob die Zinsenforderung an sich rechtlich begründet ist."

„Die Forderung der vierprocentigen Zinsen (Nr. 2. des Klagegesuchs) bis zum 1. Mai 1844 unterliegt keinem Anstande, da sie im Kaufcontracte §. 2. ausdrücklich begründet ist."

„Wenn dagegen Appellat (sub 3. des Klagegesuchs) vom gedachten Tage an fünfprocentige Zinsen von dem Kaufgelderrest der 4500 Thlr. darum fordert, „„weil diese an dem genannten Tage fällig geworden,"" so können wir diesen Grund allerdings nicht für ausreichend erachten, indem wir mit

Sintenis a. a. O. Bd. II. S. 205.

die vermeintliche Rechtsregel: dies interpellat pro homine, als falsch verwerfen. Indessen ist es richterliche Pflicht, wenn die Parteien ihre Ansprüche auf einen bestimmten Rechtssatz stützen, während das thatsächliche Vorbringen auch für einen andern ausreicht, den letztern, wenn er als Platz ergreifend anzuerkennen ist, zur Anwendung zu bringen, auch wenn der erstere als unrichtig verworfen werden muß. Dieß haben denn die Heidelberger Urtelsverfasser bereits gethan, und fügen wir außer den dort genannten Gesetzstellen noch die ganz entscheidenden:

Fr. 18. §. 1. de usuris, und c. 2. ej. tituli

hinzu;

s. Sintenis a. a. O. Bd. II. S. 603. Anm. 47."

„Wegen des Zinsfußes von fünf Procent in Verbindung mit diesem gesetzlichen Entstehungsgrunde von Zinsen beziehen wir uns auf

Denselben a. a. O. Bd. II. S. 102—104."

2.

Die Anhalt-Dessauische landesherrl. Verordnung vom 19. April 1803 über die Mäklergeschäfte, im Besondern in Anwendung auf Käufe von Grundstücken und Negozirung von Capitalien, enthält unter andern folgende Bestimmungen:

§. III.

Erklären Wir hierdurch jeden von einem Mäkler abgeschlossenen Contract solange für ungültig, daß daraus weder Klage noch Einrede Statt finden soll, als derselbe nicht schriftlich verfaßt, und von den dabei interessirten Personen durch ihre Unterschriften vollzogen worden.

§. IV.

Wollen Wir hiermit das an Unterhändler oder Mäkler zu zahlende Mäkelgeld für die Zukunft auf ein halbes Procent der ganzen Kaufsumme, oder des zu negozirenden Capitals (exclusive der wirklich gehabten Auslagen, die Bemühungen aber für Reisen u. dergl. mitgerechnet) dergestalt festsetzen, daß,

wenn auch ein höheres Mäkelgeld versprochen worden, dieses Versprechen für null und nichtig zu halten, und im Fall darauf etwas bereits gezahlt worden wäre, diese abschlägig gezahlte Summe wiederum zurückgefordert werden kann.

Im Eingange dieses Gesetzes ist die Absicht als Motiv dazu angegeben, die Unterthanen vor Verlusten zu schützen, welche ihnen von gewinnsüchtigen Menschen als Unterhändlern und Mäklern, vorzüglich bei Veräußerungen und Erkaufen von Grundstücken durch listige Überredungskünste u. s. w. zugefügt werden, die sich oft ein ungewöhnliches hohes Mäkelgeld versprechen ließen.

Diese Verordnung ist noch nicht auf das ehemalige Herzogthum Anhalt-Cöthen ausgedehnt worden, in diesem gilt vielmehr über den Mäkelvertrag das gemeine Recht; nur die Mäklergebühren sind durch Verordnung vom 13. März 1811 auf höchstens zwei Procent fixirt.

Im J. 1852 brachte B. wider E. beim Kreisgericht D. eine Klage des Inhalts an: Der Beklagte, der in N. im Alt-Dessauischen wohne, sei am 15. April zu Klägern nach Bl. im Alt-Cöthenschen gekommen und habe ihn beauftragt, eine ihm, dem Verklagten gehörige, in W. im Preußischen belegene Wassermühle für mindestens 9700 Thlr. zu verkaufen, wogegen er ihm für das Zustandekommen des Geschäfts hundert Thaler versprochen habe. Kläger habe dieß acceptirt, auch einen Käufer geschafft, der die Mühle für 9800 Thlr. gekauft habe. Da nun Verklagter seinem Versprechen in Güte nicht nachkomme, sei er genöthigt, Klage zu erheben. Hieran schloß sich das entsprechende Klagegesuch.

Der Verklagte ging bei seiner exceptivischen Vertheidigung davon aus, daß hier das preußische Recht zur Anwendung kommen müsse, weil das zu verkaufende Grundstück im Preußischen gelegen sei; jenes erfordere für Verträge über ein Object von über 50 Thlr. Werth die Schriftlichkeit; da diese dem Vertrag, woraus geklagt sei, fehle, so sei er nichtig, und die Klage daraus grundlos.

Der Kläger hielt dagegen in der Replik fest, daß das im Alt-Cöthenschen, wo der Auftrag ertheilt, also der Vertrag abgeschlossen worden, geltende Recht, nach der Regel: locus regit actum, zur Anwendung komme.

In der Duplik widersprach der Verklagte dieser Anwendung, und behauptete, daß, wenn nicht das preußische Recht Platz ergreifen sollte, mindestens das seines Domicils, die Anhalt-Dessauische particulare Bestimmung, übergreifen müsse, welche dasselbe Erforderniß, wie das preußische Recht, für die Klagbarkeit des Vertrages aufstelle.

Nach Schluß des Verfahrens wies das h. Kreisgericht D. durch Erkenntniß vom 20. Aug. 1853 die Klage ab. Hierzu gelangte man durch folgende Argumentation:

„Bei einer Collision verschiedenartiger Privatrechte, wie sie hier vorliege, sei zwar zuvörderst zu untersuchen, welchem Recht das streitige Rechtsverhältniß angehöre, und in der Regel dieses von jedem Richter anzuwenden,

Savigny, System ꝛc. Bd. VIII. §. 349. S. 32.

Doch sei dieser Grundsatz nicht ohne Beschränkung. Namentlich trete er zurück, wenn hinsichtlich des zur Frage kommenden Rechtsverhältnisses inländische Gesetze von streng positiver, zwingender Natur bestehen, die eben deßhalb die Handhabung des Rechts durch stetige Regeln sichern;

Ders. S. 33—37.

Eine noch ausschließendere Wirksamkeit werde dem inländischen Recht bei Collisionsfällen der in Rede stehenden Art in dem Grundsatze beigelegt, daß das jus publicum eines Staats, worin auch diejenigen Regeln des Privatrechts, quarum publice interest, also alle absolute Rechtsregeln inbegriffen sind,

Ders. Bd. I. §. 16. S. 60.

die Anwendung fremden, ihm zuwiderlaufenden Rechts ausschließe,

Sintenis, Civilrecht Bd. I. §. 7. S. 69.

Als ein solches Gesetz sei aber die landesherrliche Verordnung vom 19. April 1803 nach Grund, Zweck und Inhalt zu betrachten. Sie habe eine rein polizeiliche Tendenz; sie finde in dem Treiben der Unterhändler und Mäkler etwas dem Gemeinwohl Gefährliches, sie wolle Täuschungen und Übervortheilungen durch solche Personen aus dem öffentlichen Verkehr verbannen; zu diesem Ende schreibe sie für die von ihnen abgeschlossenen Contracte bei Androhung völliger Ungültigkeit die Schriftlichkeit und die Unterschrift der dabei interessirten Hauptpersonen vor und setze das Mäkelgeld auf ein halbes Procent der Kaufsumme, oder des zu negozirenden Capitals mit der Bestimmung fest, daß das Versprechen eines höhern Mäkelgelds ungültig sei, und das darauf Gezahlte zurückgefordert werden könne. Jede dieser Bestimmungen trage den Character einer absoluten, unabänderlichen Regel an sich.

Vergl. hierzu die Ausführungen bei Savigny Bd. VIII. S. 276 f.

Der Sinn dieser Bestimmungen sei also der, daß kein inländischer Richter ein entgegengesetztes Recht fremder Staaten auch für die in diesen entstandenen Rechtsverhältnisse zur Anwendung bringen dürfe, sobald diese vor ihm zur Entscheidung gelange. Mithin könne hier weder das preußische noch das Anhalt-Cöthensche Recht zur Anwendung gelangen, wonach sich die Frage, welches von beiden eventualiter dem andern vorgehe, von selbst erledige."

Gegen dieses Erkenntniß wendete der abgewiesene Kläger rechtzeitig das Rechtsmittel der Appellation an das h. Oberlandesgericht ein. Dieses aber bestätigte das vorige Erkenntniß nach stattgefundenem Verfahren durch Erkenntniß vom 28. Januar 1854. In den Entscheidungsgründen erklärte das OLGericht:

„Daß es mit den vorstehenden Ausführungen überall einverstanden sei, indem es außer Savigny noch auf

Wächters Abhandlung im Archiv Bd. 24. S. 262. 265. Bd. 25. S. 1 ff. und 398 ff.

Mühlenbruch das. Bd. 13. S. 106. und

Sintenis, Civilrecht Bd. I. S. 74. Anm. 38.

verwies. — Der vom Appellanten erhobene Einwurf, daß das mehrgedachte Anhalt-Dessauische Gesetz nur zu Gunsten Anhalt-Dessauischer Unterthanen erlassen und auch nur gegen Personen, die in hiesigen Landen contrahirt hätten, gerichtet sei, müsse vor dem Grundsatz von selbst zurückweichen, daß der Richter in seinem Lande einem Rechtsverhältnisse keinen Schutz angedeihen lassen dürfe, welches den Anordnungen der öffentlichen Ordnung, der Sicherheit des Verkehrs und der Sorge für das oeconomische Wohl der Bürger, auf welche die Gesetzgebung seines Staats, wie hier durch die oft erwähnte Verordnung geschehen, gebauet ist, widerspricht. — Wenn Appellant auszuführen suche, zu welchen Unrechtfertigkeiten die von dem ersten Richter aufgestellte Meinung führen könne, so sei dieß allerdings, wie

Savigny a. a. O. S. 280.

sich ausdrückt, die unvermeidliche Folge der besondern Natur dieser Classe von Gesetzen. Daneben werde aber auch die Gefahr für den Berechtigten durch dessen gehörige Vigilanz in den meisten Fällen vermieden werden können. — Behaupte endlich Appellant, die angestellte Klage sei ausschließlich auf ein gegebenes und angenommenes Versprechen gerichtet (?), und nur um zugleich die Erfüllung der vom Beklagten an letzteres geknüpften Bedingung darzuthun, sei daneben einer Geschäftsbesorgung Erwähnung geschehen, die judex a quo unter die oft erwähnte Verordnung zu subsumiren gemeint habe, so habe Appellant dabei ganz übersehen, daß jedem Versprechen eine causa, der Verpflichtungsgrund, zur Unterlage dienen müsse, und daß letzterer immer in den begleitenden Umständen liege, die untrennbar vom Versprechen sind und nothwendig zur Substantiirung der Klage gehören."

„Dem zu Folge stelle sich die Hauptbeschwerde des Appellanten als ungerechtfertigt dar."

Bericht über Entscheidungen des Gesammt-Oberappellationsgerichts zu Jena auf eingewendete Nichtigkeitsbeschwerden in Strafsachen.

(Fortsetzung des Aufsatzes in Nro. 9. S. 317.)

XLVII.

Zur Auslegung und Anwendung der Artt. 30 u. 76. der Altenburger StPOrdnung über die Folgen der Zurücknahme des Strafantrags für die verschiedenen Theilnehmer an einem nur auf Antrag des Beschädigten zu bestrafenden Verbrechen.

Dem Oeconomen B. zu C. waren im Laufe des Jahres 1853 Leinewand, Getreide und getrocknete Zwetschen nach und nach entwendet worden. Der deßfallsige Verdacht traf den eigenen Sohn des Bestohlnen, den Schuhmachergesellen B., welcher zu diesen Entwendungen von der Ehefrau des Schneiders Lange zu C. verleitet worden sein und in Folge dieses seines Verhältnisses zu derselben und deren Ehemanne die entwendeten Gegenstände zu den Langeschen Eheleuten gebracht haben sollte. Der Bestohlne machte hierüber im Juni 1853 bei dem dåmaligen Kreisamt zu C. Anzeige und beantragte die Bestrafung seines genannten Sohnes, nahm aber, nachdem die hierüber eingeleitete Untersuchung bereits geschlossen war und die Acten zur Vertheidigung des B. eben vorlagen, am 20. Sept. 1853 diesen Strafantrag wieder zurück und die Sache blieb längere Zeit liegen, die Untersuchung wurde aber im übrigen gegen den Schneidermeister Lange fortgeführt, weil gegen denselben mehrfache Fälschungen und Betrügereien zur Anzeige gekommen waren, deren er sich bei dem übernommenen Geschäft, für dritte in Deutschland wohnende Personen Erbschaften, die ihnen in Holland angefallen sein sollten, dort zu erheben, schuldig gemacht haben sollte. Noch ehe ein Erkenntniß in dieser Untersuchung ertheilt worden war, trat die neue StPOrdnung in Wirksamkeit und es erhob nunmehr nach Art. 4. des Public.-Patents die Staatsanwaltschaft förmliche Anklage gegen den ꝛc. Lange und dessen Ehefrau theils wegen dieser Fälschungen und Betrügereien, theils aber auch wegen der — thatsächlich näher angegebenen — Theilnahme an den von dem Schuhmachergesellen B. seinem Vater zugefügten Entwendungen, mit dem Antrag, die Hauptverhandlung vor den Gerichtshof zu verweisen, welchem Antrag auch durch das darauf ertheilte Verweisungserkenntniß stattgegeben wurde. Bei dieser Hauptverhandlung beantragte der Vertheidiger der ꝛc. Langeschen Eheleute die Freisprechung derselben nach Art. 76. der StPOrdnung, weil der Strafantrag gegen den Schuhmachergesellen B. zurückgenommen worden sei und dieß auch zu Gunsten seiner Mitangeschuldigten wirken müsse. Der Gerichtshof, diese Ansicht nicht theilend, verurtheilte den ꝛc. Lange wegen der

Fälschungen rc. und wegen Partirerei bei den von B. begangenen Entwendungen zu einer Gesammtstrafe von 5 Jahren Arbeitshaus rc., dessen Ehefrau wegen ungleicher Theilnahme an den von B. seinem Vater zugefügten Entwendungen im Betrag von 17 Thlr. 14 Sgr. 3⅙ Pf. zu 2 Monaten Gefängniß. Gegen dieses Erkenntniß hat die Langesche Ehefrau nach Art. 272. Ziff. 2. der StPOrdnung das Rechtsmittel der Appellation eingelegt, weil bei Beurtheilung der Frage: ob gegen sie überhaupt eine Strafe ausgesprochen werden könne? in Folge unrichtiger Auslegung der Artt. 30 und 76. der StPOrdnung der erstere, nicht der letztere als maßgebend erachtet worden sei. — Durch OAGErkenntniß vom 27. Juni 1855 (No. 120.) ist die eingewendete Appellation als unbegründet verworfen und dabei zur Widerlegung dessen, was der Vertheidiger geltend gemacht hatte, von folgenden Gründen ausgegangen worden:

„1) Wenn in Art. 272. No. 2. der StPOrdnung die Zulässigkeit der Appellation gegen ein Enderkenntniß davon abhängig gemacht worden sei, daß die That durch unrichtige Gesetzesauslegung einem falschen Strafgesetz unterzogen worden sei, so wäre hier der Ausdruck: Strafgesetz, nicht ausschließlich auf die Vorschriften des CGBuchs zu beschränken, er sei vielmehr auf alle gesetzlichen Vorschriften und Rechtsnormen, welche das Strafrecht beträfen, zu beziehen. Es sei aber nicht zu verkennen, daß die Artt. 30 u. 76. der StPOrdnung Vorschriften enthielten, welche in das materielle Strafrecht eingriffen, die Appellation in dieser Beziehung müsse daher für zulässig anerkannt werden."

„2) Zwischen Art. 30. und dem vierten Absatze des Art. 76. der StPOrdnung bestehe kein Widerspruch."

„Es handle der Art. 27. und Art. 76. der StPOrdnung von den Verbrechen, welche überhaupt nur auf Antrag des Betheiligten zu untersuchen und zu bestrafen wären. Diese beiden Artikel wären einander entsprechend, und es schreibe der Art. 27. in seinem zweiten Absatze vor, daß, wenn mehrere Personen an einem Verbrechen Theil genommen oder dasselbe begünstigt hätten, der gegen einen Theilnehmer oder Begünstiger gestellte Strafantrag auch gegen die übrigen gelten solle; der vierte Absatz des Art. 76. schreibe aber vor: daß die Zurücknahme des Strafantrags gegen einen Theilnehmer an einem solchen Verbrechen auch zu Gunsten der andern Theilnehmer oder Begünstiger wirken solle. Beide Vorschriften setzten solche Fälle voraus, wo der Strafantrag gegen den einen Theilnehmer oder Begünstiger ebenso erforderlich sei als gegen den andern Theilnehmer oder Begünstiger. Es solle in diesen Fällen nicht in die Willkühr des zum Antrag Berechtigten gestellt sein, den einen Theilnehmer des Verbrechens vor dem andern zu begünstigen, den einen der strafenden Gerechtigkeit zu überliefern, den andern derselben vorzuenthalten, und so eine Scheidung und Trennung derselben nach bloßer Will=

führ vorzunehmen. Deßhalb solle der gegen den einen Theilnehmer gestellte Strafantrag von selbst auch den Strafantrag gegen die andern Theilnehmer involviren, und die Zurücknahme des Strafantrags bei dem einen auch zu Gunsten der andern wirken, ihr Schicksal solle rechtlich untrennbar sein."

„Anders sei es mit Art. 30. der StPOrdnung. Dieser handle nicht wie Artt. 27 u. 76. von Verbrechen, welche überhaupt nur auf Antrag des Betheiligten untersucht und bestraft werden sollen, sondern speciell nur von den Fällen, wo bei Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen der Strafantrag gesetzlich nur hinsichtlich eines oder mehrerer der Theilnehmer oder Begünstiger, nicht aber rücksichtlich aller erfordert werde, und schreibe vor, hinsichtlich derjenigen Theilnehmer, bei welchen ein Antrag nicht erforderlich sei, solle die gerichtliche Verfolgung von Amtswegen eintreten, ganz ohne Rücksicht darauf, ob hinsichtlich derjenigen Theilnehmer, bei welchen ein Strafantrag erforderlich sei, ein solcher Antrag gestellt worden wäre oder nicht. Hiernach sei also das Schicksal mehrerer Theilnehmer an einem Verbrechen rechtlich trennbar, der zum Antrag Berechtigte könne durch Unterlassung seines Antrags Straflosigkeit des einen Theilnehmers bewirken, während die andern Theilnehmer, bei denen ein Antrag nicht erforderlich wäre, dennoch von Amtswegen in Untersuchung und Strafe genommen würden. Stehe es nun aber in solchen Fällen, wo gegen den einen Theilnehmer an demselben Verbrechen ein Strafantrag erforderlich sei und gegen den andern nicht, keineswegs in der Befugniß des zum Antrage Berechtigten, durch Stellung oder Nichtstellung des Strafantrags auch auf das Schicksal derjenigen Theilnehmer, hinsichtlich deren ein Strafantrag gar nicht erforderlich sei, rechtlich einzuwirken, könne er durch Unterlassung des Strafantrags gegen den einen die von Amtswegen eintretende Verfolgung der übrigen Theilnehmer nicht hindern, so müsse auch eine Zurücknahme seines Antrags gegen den, bei welchem der Antrag erforderlich gewesen, ganz ohne Wirkung sein für diejenigen, bei welchen er nicht erforderlich gewesen."

„Es wäre auch gar nicht nöthig, hierüber noch eine besondere Bestimmung in das sechste Capitel der StPOrdnung von Einstellung der Untersuchung aufzunehmen, da es sich ganz von selbst verstehe, daß, wenn die Bestrafung eines Verbrechens von der Stellung eines Antrags unabhängig sei, sie auch von der Zurücknahme eines Antrags unabhängig sein müsse. Auf diese Fälle wären daher die Bestimmungen in Art. 76. der StPOrdnung auf keine Weise zu beziehen."

„In vorliegender Sache handle es sich nun von einem solchen Falle. Es handle sich um die Theilnahme der Mitangeklagten Lange an einem Diebstahle, welchen der Schuhmachergeselle B. seinem Vater, dem Oeconomen B., zugefügt habe. Nach Art. 237. des CGBuchs sollten Diebstähle, welche nahe Verwandte gegen einander, namentlich auch welche Kinder gegen ihre Eltern

begingen, nur auf Antrag des beschädigten Theils in Untersuchung und Strafe gezogen werden. Zu der Bestrafung des Schuhmachergesellen B. wäre daher der Antrag seines Vaters nothwendig, die Zurücknahme dieses Antrags mache den B. straflos. Die Mitangeklagte Lange sei jedoch mit dem Bestohlnen nicht verwandt, zu ihrer Bestrafung bedürfe es keines Antrags des Bestohlnen, und ebenso wenig könne eine Zurückziehung eines Antrags ihr zu Gunsten gereichen."

XLVIII.

Über die Anwendbarkeit der im Allgemeinen Theil des StGBuchs enthaltenen Grundsätze über Verbrechen und deren Bestrafung neben speciellen Strafgesetzen in Zoll-2c. Sachen. — Erkenntn. vom 23. Juli 1851. (Anm. der Redaction: Die nachträgliche Mittheilung dieser Entscheidung ist durch die Einsendung einer dieselbe Frage behandelnden, solche aber im entgegengesetzten Sinn beantwortenden Abhandlung veranlaßt worden.)

Die den Gegenstand der Anklage bildende strafbare That der Angeklagten bestand darin, daß sie auf Geheiß des Brauherrn M. nach bereits ordnungsmäßig erfolgter Einmaischung und nachdem der Steueraufseher aus dem Brauhause sich entfernt hatte, annoch eine nicht declarirte Quantität Malzschrot von mindestens 485½ Pfund aus der Wohnung des M. herbeigeholt und in dessen Gegenwart nachgemaischt hatten, welche Nachmaischung mit 5 Thlrn. Ordnungsstrafe neben der etwa verwirkten Defraudationsstrafe bedroht ist.

Das vom Kreisgericht zu E. ertheilte Erkenntniß verurtheilte den M. zu der verwirkten Defraudations- und vorbemerkten Ordnungsstrafe von 5 Thlrn., belegte aber die übrigen 4 Mitangeklagten nur mit einem Verweis, weil sie nur auf Geheiß des M. und ohne eigenes Interesse gehandelt hätten 2c.

Auf die von dem Mitangeklagten F. und Genossen hiegegen eingewendete Appellation sprach das Appellationsgericht zu E. dieselben von der erhobenen Anklage frei, weil, nachdem der Staatsanwalt die auf die Defraudationsstrafe mitgerichtete Anklage inzwischen hatte fallen lassen, nur noch die Ordnungsstrafe in Frage komme, welche bloß den Brauenden wegen seines Gewerbsbetriebes und des dadurch begründeten besonderen Verhältnisses zu den Steueraufsichtsbehörden treffen könne und auf diejenigen Personen, welche dem Brauenden bei einer Ordnungswidrigkeit behülflich seien, ohne in dem besonderen Verhältniß zu stehen, nicht anzuwenden sei und daß bezüglich dieser dritten Personen eine Theilnahme im strafrechtlichen Sinne nicht Statt finde, mithin Art. 31. des StGBuchs hier keine Anwendung erleide.

Auf die von dem Staatsanwalt gegen diese Entscheidung nach Art. 306. Nr. 5. und resp. Art. 332. Nr. 1. eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde ist rücksichtlich des einen Mitangeklagten F. das Appellationsgerichtserkenntniß als

richtig aufgehoben und rücksichtlich der 3 anderen Mitangeklagten das Kreisgerichtserkenntniß wieder hergestellt worden aus folgenden Gründen:

1) „Die im allgemeinen Theile des StGBuchs enthaltenen allgemeinen Grundsätze über Verbrechen und deren Bestrafung, namentlich auch über Urheberschaft und Theilnahme an Verbrechen, müßten auch auf die durch specelle Gesetze mit Strafe bedrohten Vergehungen, namentlich auch auf Polizei- und Defraudations-Strafgesetze, wenn sie auch älter wären als das Strafgesetzbuch, Anwendung leiden, sofern nicht ihre Natur oder besondere Bestimmungen eine Ausnahme forderten, oder sie nur für besondere Personenclassen oder Verhältnisse bestimmt wären."

2) „Die Strafbestimmungen des Gesetzes vom 16. Februar 1836 über die Biermalzschrotsteuer wären nicht ausschließlich für eine besondere Personenclasse, namentlich nicht ausschließlich für die Inhaber des Braugeschäfts bestimmt, wie man aus §. 37. des Gesetzes sehe, wornach ausdrücklich auch das Gesinde, die Gewerbsgehülfen und Hausgenossen des Brauers den Strafbestimmungen des Gesetzes unterworfen wären."

3) „Wenn auch eine besonders mit Strafe bedrohte Ordnungswidrigkeit, wie das Nachmaischen, nur deßhalb vorgenommen werde, um damit eine Steuer-Defraudation zu begehen und wenn auch die Steuer-Defraudation durch jene Ordnungswidrigkeit nur consumirt werde, so sei doch nach ausdrücklicher Vorschrift des §. 35. des erwähnten Gesetzes die Ordnungsstrafe und Defraudationsstrafe neben einander und unabhängig von einander zu erkennen."

4) „Sonach wären die Gehülfen des Mitangeklagten, welche auf seine Veranlassung das ordnungswidrige Nachmaischen vorgenommen, nach den allgemeinen Grundsätzen des Strafrechts, namentlich nach Art. 31. des StGBuchs vergl. mit §. 37. des Gesetzes vom 16. Februar 1836, als Theilnehmer an der Übertretung des M. zu bestrafen, und da das Urtheil voriger Instanz nicht aus unrichtiger Beurtheilung factischer Verhältnisse, sondern durch unrichtige Gesetzesauslegung angenommen habe, die Handlung der übrigen 4 Angeklagten sei in Ermangelung eines dafür bestehenden Strafgesetzes nicht strafbar, so liege darin nach Art. 306. Nr. 5. der StPOrdnung eine Nichtigkeit, deren Folgen nach Satz 2. des Art. 333. der StPOrdnung darin bestehe, daß rücksichtlich des Angeklagten F., weil bei ihm noch weiter die Strafgröße in Betrachtung komme, nochmalige Verhandlung in voriger Instanz eintreten müsse, während rücksichtlich der übrigen drei Mitangeklagten die sofortige Wiederherstellung der Entscheidung erster Instanz eintreten könne."

Über den Instanzenzug in den der Qualität nach für „minderwichtig" erklärten Rechtssachen nach der neueren Weimarischen Gesetzgebung.

Vom Herausgeber.

Nach §. 4. des Gesetzes vom 6. Juni 1853, als Nachtrag zu dem Gesetz vom 13. April 1829 über die Verbindlichkeit zur Ernährung unehelicher Kinder, sollen die Verhandlungen der Ansprüche sowohl der unehelichen Kinder als der Mutter derselben gegen den Schwängerer nach dem für „minderwichtige Rechtssachen" vorgeschriebenen Verfahren geleitet werden, während sie bis dahin nach der Größe der geltend gemachten Ansprüche den für Civilrechtsstreitigkeiten überhaupt bestehenden allgemeinen processualischen Vorschriften unterlagen und mithin im Ordinärproceß zu verhandeln waren, sobald ihr Gegenstand die Summe von 50 Thlrn. und resp. von 100 Thlrn. — seit dem Gesetz vom 15. März 1850 — überstieg.

Jene abändernde Vorschrift ist nach §. 5. des Nachtragsgesetzes auf alle dergleichen Rechtsstreitigkeiten bereits anwendbar, in denen die Klage, mit welcher der einzelne Rechtsstreit begonnen worden, nach dem 1. Sept. 1853 beim Proceßgericht eingereicht worden ist. In einem solchen Rechtsstreit war von dem zuständigen Kreisgericht erstinstanzlich definitiv erkannt, dieser Bescheid auf vom Beklagten dagegen eingewendete Appellation von dem Appellationsgericht abgeändert und gegen dieses abändernde Erkenntniß von der Klägerin das Rechtsmittel der Oberappellation eingewendet worden. Die Beschwerden derselben übersteigen die Summe von 100 Thlrn. Dennoch wurde durch OAGBescheid vom 8. Juni 1855 (Nr. 133. Beil.) das Rechtsmittel der Oberappellation als unstatthaft verworfen aus folgenden Gründen:

„Es müsse, da schon nach allgemeinen processualischen Grundsätzen, insbesondere aber auch nach der Fassung des Gesetzes vom 31. Mai 1817 Tit. III. unter B. die Rechtsmittel zu dem „Verfahren" mitgehören, die Statthaftigkeit des in vorliegender Sache gegen das abändernde Erkenntniß des Großherzogl. Appellationsgerichts zu Eisenach von der Klägerin eingewendeten Rechtsmittels der Oberappellation nach §. 74. des vorerwähnten Gesetzes beurtheilt worden, wenn auch der klagbar gemachte Anspruch die Summe von 100 Thlrn. offenbar übersteige, also die Vorschrift des §. 17. und 21. des Gesetzes vom 15. März 1850 hier maßgebend sein würde, wenn nicht jene abändernde spätere gesetzliche Bestimmung eingetreten wäre."

„Mit Rücksicht auf diese abändernde Vorschrift habe nun auch in der vorliegenden Rechtssache nicht das durch das Gesetz vom 12. April 1833 geordnete, sondern das in dem Gesetz vom 31. Mai 1817 vorgeschriebene Verfahren stattgefunden, die Klägerin habe in der Klage sofort ihre Beweismittel

angegeben, es wären die Zeugen bereits vernommen und es sei auch sofort definitiv in der Sache erkannt worden, es wären also auch in dieser Hinsicht die zur Anwendung des §. 74. des Gesetzes vom 31. Mai 1817 nöthigen Voraussetzungen hier gegeben."

„Nach dieser Vorschrift, in Verbindung mit der authentischen Interpretation vom 9. Juni 1825 (Reg.Blatt Nr. 7. v. 1825), solle in „minderwichtigen Rechtssachen" nur Ein Rechtsmittel stattfinden, welches nach der, seit dem 1. Juli 1850 eingetretenen neuen Organisation der für die Rechtspflege bestellten Behörden, sobald eine solche Rechtssache zuständigerweise bei einem der Kreisgerichte des Landes in erster Instanz anhängig gemacht worden, nur das der Appellation an das Appellationsgericht zu Eisenach sein könne (§. 17. Ziff. 2. des Gesetzes vom 15. März 1850), weil diese Behörde insoweit an die Stelle der vormaligen Landesregierungen getreten, der privilegirte Gerichtsstand, folgeweise auch die Schriftsässigkeit durch das Gesetz vom 14. März 1850 aufgehoben sei und somit der im §. 74. Ziff. 2. des Gesetzes vom 31. Mai 1817 vorgesehene Fall der Statthaftigkeit der Oberappellation jetzt nicht mehr eintreten könne."

„Obgleich nun schon durch das Gesetz vom 26. April 1833 über die Ernährungsverträge §. 18. der Begriff der sog. minderwichtigen Rechtssachen, wie ihn das Gesetz vom 31. Mai 1817 §. 1. normirt, insofern eine Änderung und zwar eine Erweiterung dadurch erfahren habe, daß Streitigkeiten, welche zwischen dem zu dem Auszug Berechtigten und dem Verpflichteten über ihre deßfallsigen Rechtsverhältnisse entstehen, nach dem Gesetz vom 31. Mai 1817 behandelt werden sollten, und nur die Einschränkung beigefügt sei, daß die Rechtsmittel in solchen Alimenten-Streitigkeiten keine Suspensiv-Wirkung haben sollen; obgleich ferner durch das Gesetz vom 2. März 1839 §. 6. für Streitigkeiten über Viehgewährschaftsmängel ebenfalls das Verfahren in minderwichtigen Rechtsstreitigkeiten eingeführt worden sei, „„ohne Unterschied und selbst dann, wenn der Streitgegenstand den Werth von 50 Thlrn. übersteigt;"" ferner auch durch das Gesetz vom 2. Nov. 1848 §. 5. für Streitigkeiten wegen verweigerter Einwilligung eines Ascendenten oder des Vormundes in die Ehe der Descendenten oder Pflegebefohlnen das Verfahren und der Instanzenzug nach den Vorschriften für minderwichtige Rechtssachen bestimmt worden sei, bei welchen Streitigkeiten von einer Schätzung des Werthes nicht die Rede sein könne; folglich seitdem für den Begriff der minderwichtigen Rechtssachen nicht bloß der Werth des Streitgegenstandes, sondern auch in gewissen Fällen die Qualität des klagbar gemachten Anspruchs seiner Entstehung nach entscheidend geworden wäre, mithin bei Ertheilung der in den §§. 1. 11. 17. und 21. des Gesetzes vom 15. März 1850 enthaltenen Competenzbestimmungen der Werth des Streitgegenstandes allein nicht habe in Betracht kommen können, sondern bei den obenbemerkten Rechtssachen auch

deren Qualität zur Beseitigung jeden Zweifels einer deßfallsigen besonderen Bestimmung bedurft hätte, so sei doch eine solche unterblieben und man müsse daher nach bekannten Regeln der Hermeneutik annehmen, daß jene das Verfahren und folglich auch den Umfang des Instanzenzugs in solchen Rechtssachen betreffenden speciellen Vorschriften durch die Competenzbestimmungen in den §§. 1. 11. 17. und 21. des Gesetzes vom 15. März 1850 nicht haben aufgehoben werden sollen, mithin der Qualität nach „minderwichtige" Rechtssachen auch bei den Kreisgerichten zu verhandeln wären, ohne aber, falls gegen das kreisgerichtliche Erkenntniß ein Rechtsmittel eingewendet werde und ein abänderndes Erkenntniß des Appellationsgerichts erfolge, der Vorschrift in den §§. 17. und 21. des Gesetzes vom 15. März 1850 zu unterliegen, wenn auch der Gegenstand der Beschwerden unschätzbar sei oder die Summe von 100 Thlrn. erreiche, weil bei solchen Rechtssachen nach dem im §. 74 ff. des Gesetzes vom 31. Mai 1817 ausgesprochenen Grundsatz eben nur Ein Rechtsmittel verstattet sein solle, in dem der Gesetzgeber solchen Rechtsstreitigkeiten möglichste Abkürzung zu sichern für nöthig erachtet, die mit den für das Oberappellationsverfahren geordneten weit geräumigeren Fristen rc. nicht wohl zu vereinigen wäre, solche Streitigkeiten der Mehrzahl nach auch so einfach wären, daß zwei Instanzen für das rechtliche Gehör der Parteien genügten. Alles dieß müsse für Rechtssachen, wie die vorliegende, nunmehr um so mehr gelten, als die im §. 4. des Gesetzes vom 6. Juni 1853 enthaltene allgemein lautende Vorschrift im Verhältniß zu dem Gesetze vom 15. März 1850 offenbar eine spätere und somit demselben zu derogiren geeignet sei, auch aus den Landtagsverhandlungen (S. 11. 12. 58. und 152. des Schriftenwechsels) von 1853 erhelle, daß man in der That solche Rechtsstreitigkeiten für so einfach gehalten habe, um solche, unbeschadet des erforderlichen rechtlichen Gehörs der Parteien, nach den Vorschriften des Gesetzes vom 31. Mai 1817 verhandeln zu lassen, dennoch aber zuletzt in der Ansicht sich vereinigt habe, daß ihnen auch fernerhin die collegialische Einrichtung der Rechtspflege zu Gute kommen solle, was natürlich auch bei der Ausschließung der Oberappellationsinstanz immer noch der Fall bleibe, weil bereits zwei collegialisch organisirte richterliche Behörden in der Sache erkannt hätten."

Das Recht der Polizeibehörden, geschärfte Gefängnißstrafen wirksam anzudrohen nach der Gesetzgebung des Großherzogthums Sachsen-Weimar-Eisenach.

Am 26. October 1854 hatte der Gemeindevorstand zu A. den durch richterliches Erkenntniß unter Polizeiaufsicht gestellten Handarbeiter B. angewiesen, fortan im Hospitale in A. zu übernachten und sich bei Vermeidung einer

Gefängnißstrafe von 10 Tagen, geschärft durch Entziehung der warmen Kost, jeden Abend um 7 Uhr bei dem Hospitalverwalter anzumelden. Unter dem 30. December 1854 beantragte der Gemeindevorstand zu A. bei dem Staatsanwaltsvertreter daselbst, den Handarbeiter B., welcher der erhaltenen Anweisung nicht nachgekommen war, in die angedrohte Strafe verurtheilen zu lassen.

Das Justizamt zu A., an welches die Untersuchung gelangte, fragte zunächst beim Kreisgerichte zu W. an, ob der Gemeindevorstand das Recht habe, Gefängnißstrafen mit Schärfungen anzudrohen? und bat zugleich, falls man demselben diese Befugniß nicht zugestehe, bei seiner Oberbehörde die Zurücknahme der Schärfung zu erwirken.

Das Kreisgericht erklärte in einer Zuschrift an den betreffenden Bezirksdirector, daß hingesehen auf die Bestimmung in Art. 13. des StGB., nach welcher es nur in gewissen, bestimmten Fällen dem Richter zustehe, auf Strafschärfung zu erkennen, und im Hinblick auf §. 5. des Gesetzes vom 9. April 1839 und §. 1. des Gesetzes vom 7. Januar 1854 und den Ausschußbericht des Landtages die Polizeibehörde zu A. nicht für berechtigt gehalten werden könnte, geschärfte Gefängnißstrafen anzudrohen.

Der Bezirksdirector wurde ersucht, hiernach den Gemeindevorstand A. mit Anweisung zu versehen.

Derselbe fand sich bewogen, zunächst die Sache, da es sich um die Auslegung des Gesetzes vom 7. Januar 1854 handelte, dem Staatsministerium Dep. des Innern zur Entscheidung vorzulegen und erhielt hierauf ein Rescript des Inhalts: „daß nach der Ansicht des Staatsministeriums den Gemeindevorständen die Befugniß, auf Grund des Gesetzes vom 7. Januar 1854 unter den im Art. 13. des StGBuchs bezeichneten Umständen, namentlich gegen Landstreicher und Bettler geschärfte Gefängnißstrafe bis zu 10 Tagen anzudrohen, um deßwillen nicht versagt werden könne, weil das Strafgesetzbuch die Schärfungen nicht als besondere Arten der Freiheitsstrafen, sondern nur als bestimmte Modalitäten ihrer Verbüßung hinstelle, so daß der Begriff der Gefängnißstrafe an sich alle nach Art. 12. des StGB. zulässigen Schärfungen derselben in sich schließe, und weil es außerdem an jeder Bestimmung eines Verhältnisses zwischen einfachem und geschärftem Gefängnisse, mithin an einem Anhaltepuncte dafür fehle, daß und wie weit durch die Androhung von 10 Tagen Arrest bei Wasser und Brot die Ortspolizeibehörde das nach dem Gesetze vom 7. Januar 1854 von ihr einzuhaltende Strafmaß überschreite. Keinesfalls stehe der Art. 13. des StGBuchs hiermit im Widerspruche, da, wenn er auch wirklich die früher von den Verwaltungsbehörden auf Grund des Gesetzes vom 9. April 1839 in Anspruch genommene und geübte Strafschärfungs-Befugniß auf den Richter beschränkt haben sollte, diese Beschränkung durch das spätere Gesetz vom 7. Januar

1854 jedenfalls wieder aufgehoben sei. Dagegen sei die Androhung geschärfter Gefängnißstrafen unter allen Umständen auf die in Art. 13. des StGB. speciell hervorgehobenen Fälle zu beschränken."

Unter Mittheilung dieses Rescriptes ersuchte der Bezirksdirector das Kreisgericht W., dem Justizamte A. Anweisung dahin zugehen zu lassen, daß von demselben die dem Handarbeiter B. angedrohte geschärfte Gefängnißstrafe, die sich rechtfertige, weil B. wegen verübter Diebstähle unter polizeiliche Aufsicht gestellt, und diese ohne strenge Maßregeln nicht durchzuführen sei, auszusprechen und vollziehen zu lassen.

Das Kreisgericht erwiderte hierauf: „Da nach Art. 13. des StGBuchs eine Schärfung der Gefängnißstrafe ohne besondere gesetzliche Bestimmung nur dann zulässig ist,

> wenn der Verbrecher sich einer Verletzung von Eigenthumsrechten aus Rache, Bosheit oder Muthwillen, oder einer vorsätzlichen Körperverletzung andrer Personen schuldig gemacht hat, oder bei einem mit Andern gemeinschaftlich verübten Verbrechen die Andern durch Mißbrauch eines über dieselben zustehenden Einflusses verleitet hat, oder wenn er ein Landstreicher oder Bettler ist, —

hinsichtlich des Handarbeiters B. aber keine dieser Voraussetzungen zutrifft, indem namentlich dessen Stellung unter polizeiliche Aufsicht wegen verübter Diebstähle und die Nothwendigkeit einer besondern Strenge bei Durchführung dieser Maßregel unter jene Voraussetzungen offenbar nirgends subsumirt werden kann, aus dem letzteren Grunde überdieß eine Rechtfertigung für die fragliche Schärfung um so weniger zu entnehmen ist, als das StGB. im Art. 103. nicht einmal den gänzlichen Bruch der Polizeiaufsicht, das die bloße Verletzung der Controlemaßregeln jedenfalls überwiegende Vergehen, mit geschärfter Gefängnißstrafe bedroht, so ist das Justizamt A. zum Weglassen der von dem dortigen Gemeindevorstande angedrohten Schärfung instruirt worden, wodurch natürlich eine anderweite Nachweisung des wirklichen Vorhandenseins einer der im Art. 13. geordneten Voraussetzungen bis zur Urtheilsfällung in der Hauptverhandlung nicht ausgeschlossen ist."

Im übrigen erklärte sich das Kreisgericht zu W. mit der Ansicht des Ministeriums einverstanden, und wie mir scheint mit Recht.

Das Gesetz vom 7. Januar 1854 räumt nun einmal den Polizeibehörden die Befugniß ein, innerhalb ihrer verfassungsmäßigen Zuständigkeit, und insofern dadurch kein Landesgesetz verletzt wird, behufs der Erreichung polizeilicher Zwecke Gebote und Verbote zu erlassen und deren Befolgung bei Geld= oder Gefängnißstrafe aufzugeben. Die Justizbehörden sind durch jenes Gesetz verpflichtet, in Gemäßheit solcher polizeilicher Verfügungen zu erkennen, mögen diese nach ihrer Meinung auch immerhin unnöthig oder unzweckmäßig gewesen sein. Die den Justizbehörden zustehende Prüfung erstreckt sich nur

darauf, ob jene Verfügungen in die Competenzsphäre der betreffenden Polizeibehörden gehören und ob sie nicht gegen ein Landesgesetz verstoßen.

Da schlechthin Gefängnißstrafe anzudrohen freigegeben ist, so ist auch nicht anzunehmen, daß die geschärfte Gefängnißstrafe ausgeschlossen sei. Auch Art. 13. des StGB. steht dem nicht entgegen. Dieser Art. schreibt zunächst vor, in welchen Fällen Freiheitsstrafen zu schärfen zuläßig ist. Daraus folgt, daß die Polizeibehörden geschärfte Gefängnißstrafe nur in diesen, durch ein Landesgesetz bezeichneten Fällen wirksam androhen können, und daß die Justizbehörden eine polizeiliche Verfügung, die geschärftes Gefängniß androht, und zwar rücksichtlich der Schärfung, dann nicht zu respectiren haben, wenn es an den Voraussetzungen des Art. 13. fehlt. Die polizeiliche Verfügung hat ja dann ein Landesgesetz, das Strafgesetzbuch, verletzt, und insoweit ist der Richter nicht an dieselbe gebunden.

Art. 13. des StGB. spricht ferner allerdings den Satz aus: „der Richter habe die Freiheitsstrafen zu schärfen.“ Auch dieß steht der hier vertretenen Ansicht nicht entgegen. Abgesehen davon, daß der Art. keineswegs einen besondern Nachdruck auf das Wort „Richter“ legen und sagen will: „nur der Richter, keineswegs die Polizeibehörde hat die Strafen zu schärfen,“ ist doch jedenfalls nur soviel aus jener Bestimmung abzuleiten, daß stets der Richter auf die Schärfung zu erkennen habe. Das aber harmonirt mit der Befugniß der Polizeibehörden, die geschärfte Gefängnißstrafe anzudrohen, recht gut, indem auch unbeschadet dieses polizeilichen Rechtes immer der Richter es ist, welcher die Schärfung erkennt.

Wirklich neu ist nur der Zwang des Richters; in gewissen Fällen, wenn nämlich die Polizei innerhalb ihrer Sphäre geblieben ist, muß er auf die Schärfung erkennen. Man mag diesen Zwang de lege ferenda billigen oder tadeln, nach dem Gesetze vom 7. Januar 1854 ist es nicht zu bezweifeln, daß die Justizbehörden nach Maßgabe polizeilicher Verfügungen, wenn sonst die Polizei zu deren Erlaß befugt war, sogar Freiheitsstrafe erkennen müssen, und wenn sie dieß müssen, dann ist es gewiß nur ein minus, daß sie unter Umständen auch eine Schärfung zu erkennen gezwungen sind.

Dr. Vollert.

Correspondenz. (Fortsetzung.) 22) Von E. in W.: Der verödete Gasthof. Ein Rechtsfall zur Erläuterung der Lehre der conditio. — 23) Von F. in C.: Vom Voraus der erstehelichen Kinder nach Coburger Recht. Mit einigen Abkürzungen ꝛc. zur Aufnahme geeignet. — 24) Von S. in G.: Beitrag zu der Lehre von der Nichtigkeitsklage. Bedarf in Ansehung des historischen Theils der mitgetheilten drei Fälle ebenfalls einer Abkürzung des Eingesendeten, um die Aufnahme des Aufsatzes zu ermöglichen. — 25) Von L. in H.: Einige Bemerkungen über das Verfahren in Ehrenkränkungssachen. Bleibt besonderer Beantwortung vorbehalten.

Druck und Verlag von Fr. Frommann in Jena.

Anzeigeblatt

der

Blätter für Rechtspflege

in Thüringen und Anhalt.

Nro. 1. Jena. Fr. Frommann. October 1855.

2s Heft: Fall von penetrirender Brustwunde mit nachfolgender Heilung. — Über die Competenz bei Entscheidung der Frage über psychologische Zurechnungsfähigkeit von Dr. F. Mittermaier. — Ein mittelst Betäubung durch Chloroform ausgeführtes Verbrechen. — Über die Bestimmung der Todesart eines Individuums nach den aufgefundenen Knochen. — Zur Lehre vom Tode durch Ertrinken. — Verdacht von Kindesmord. — Ist Schwängerung ohne Eindringen des Gliedes möglich? — Über die Culpa medica. — Zur Entdeckung des Phosphors bei Vergiftungen. — Über die Anwendung des Königswassers zur Auffindung des Arseniks in den Eingeweiden. — Über den Gemüthszustand des Arbeiters R. wegen Tödtung seines Kindes. — Wahnsinn und Erinnerungs-Vermögen.

3s Heft: Merkwürdige Verhandlung vor dem schottischen hohen Gerichtshofe über die Zurechnungsfähigkeit eines der Brandstiftung angeklagten Arztes, von Dr. F. Mittermaier. — Zur Beurtheilung der Verletzungen des Ösophagus von Dr. F. M. — Ist Leichenschau und Legalsection zur Feststellung des objectiven Thatbestandes der Tödtung erforderlich? — Über die Zulässigkeit der Hebammen als Sachverständige. — Zur Lehre von der Zurechnungsfähigkeit nach den Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands. — Über die Rechte der Taubstummen. — Tödtung auf Verlangen des Getödteten. — Anklage wegen Körperverletzung mit nachgefolgtem Tode. — Untersuchung wegen Brandstiftung. — Über die Erkennung und den Nachweis von Samenflecken. — Fall von Erstickung. — Vorschützung psychischer Krankheit zur Entschuldigung eines begangenen Kindsmordes.

4s Heft: Der Muthwille in rechtlicher Beziehung. — Gutachten über eine Stichverletzung. — Fall eines mit zerstoßenem Glase verübten Mordversuches. — Gutachten über eine imputirte außereheliche Schwangerschaft. — Fälle von Todtschlag. — Zur Erläuterung der Frage: ob ein todt gefundenes, neugebornes Kind nach seiner Geburt gelebt hat. — Zur Lehre von der Zurechnungsfähigkeit. — Gutachten über einen Mord nach sächsischer Gesetzgebung. — Prozeßwahnsinns-Curatel. — Über die Erkennung der Blutflecken. — Zur Lehre vom Erhenkungstode. — Versuch einer Arsenikvergiftung. — Gutachten über eine durch Körperverletzung herbeigeführte Frühgeburt. — Über die Nachweisung der Vergiftung mit Blausäure. — Begutachtung einer penetrirenden Bauch-Stichwunde.

Nürnberg im Juli 1855. **Friedr. Korn'sche Buchhandlung.**

Juristischer und staatswissenschaftlicher Verlag

von **Fr. Frommann** in Jena.

Brandis, Dr. F. H., Abhandlungen a. d. Civilproceß I. Ueber den Zeitpunkt, mit welchem die Nachtheile des Ungehorsams eintreten. gr. 8. 1834. 20 sgr.

Central-Archiv für das Gewerbe-, Handels- und Finanzwesen. Herausg. von

A. Schneer. 1r Bd. (Die Differential-Zoll-Frage.) gr. 8. (19½ Bgn.) 1848. geh. 1 thlr. 15 sgr.

Emminghaus, Dr. Gustav, Corpus Juris Germanici tam publici quam privati academicum. I. Bd. 2. Aufl. (60½ Bg.) Lex.-8. 1844. n. 4 thlr. 10 sgr.

—— Supplemente zur ersten Auflage des obigen n. 2 thlr.

—— desselben Buches II. Bd. 1. und 2. Liefg. (13¼ Bg.) Lex.-8. 1847. u. 852. geh. n. 24 sgr.

—— desselben Buches II. Bd. 3. Liefg. mit Register über Liefg. 1—3. des II. Bandes. (Unter der Presse.)

—— Pandekten des gemeinen Sächsischen Rechts. 1. Lief. Lex.-8. (13½ Bg.) 1848. geh. n. 1 thlr.

—— Dasselbe. 2. Lief. (12 Bg.) 1849. geh. n. 1 thlr.

—— Dasselbe. 3. 4. Lief. (30½ Bg.) 1851. geh. n. 2 thlr.

Frommann, Fr. J., die neusten Versuche zur Preßgesetzgebung. Sechs Briefe an einen deutschen Bureaukraten. gr. 8. (2½ Bg.) 1851. geh. 7½ sgr.

Gaupp, E. Th., Ueber deutsche Städtegründung, Stadtverfassung und Weichbild im Mittelalter. (27¾ Bg.) 8. 1825. 1 thlr. 15 sgr.

Gloeden, Dr. J., das Römische Recht im Ostgothischen Reiche. Eine rechtsgeschichtliche Abhandlung. gr. 8. (10 Bg.) 1843. 20 sgr.

Groß, L. v., allgemeine progressive Grund- und Einkommensteuer, gleiches Maaß und Gewicht für Deutschland. gr. 8. (3 Bg.) 1848. geh. 10 sgr.

Gutachten der Juristen-Facultäten zu Heidelberg, Jena und Tübingen, die Hannoversche Verfassungsfrage betr. Herausg. von Dahlmann. gr. 8. (24 B.) 1839. geh. n. 1 thlr.

Henß, A., die Revolutionskeime der Vergangenheit und der Zukunft, gr. 12. 1834. geh. 7½ sgr.

Hercher, K. W., die Gesetze und Verordnungen über das Volksschulwesen im Großh. S. Weimar-Eisenach, sachl. geordn. 8. 1845. (5½ B.) geh. n. 8 sgr.

Hudtwalker, Dr. M. H., Ueber die öffentlichen und Privat-Schiedsrichter (*Diaeteten*) in Athen u. den Process vor denselben. gr. 8. 1812. 15 sgr.

Kirchgemeinde-Ordnung für das Großherz. Sachsen-Weimar und Eisenach nebst den Erläuterungen des Großh. Kirchenraths und der Ausführungsverordnung. 2te Aufl. mit Formularen. 12. (1¾ Bg.) 1851. geh. n. 2 sgr.

Leist, Dr. B. W., civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse. I. Ueber die dogmatische Analyse Römischer Rechtsinstitute. (10 Bg.) gr. 8. 1854. 1 thlr.

—— desselben Werkes II. Das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten. (13¾ Bg.) gr. 8. 1855. 1 thlr. 15 sgr.

Lornsen, Uwe, die Unionsverfassung Dänemarks u. Schleswigholsteins, herausg. von Dr. Georg Beseler. gr. 8. (34 B.) 1841. geh. 1 thlr.

(Fortsetzung folgt.)

Blätter für Rechtspflege
in Thüringen und Anhalt

unter Mitwirkung der Herren

Dr. G. Emminghaus, Dr. Heerwart, Dr. Heimbach, Reinhold Schmid,
Gh. R.Rath in Weimar. Gh.JR. in Eisenach. OAGRath in Jena. KGAssessor in Weimar.

herausgegeben von

Dr. J. Chr. Hotzel,
OAGRath in Jena.

Zweiter Band.

1855. Preis des Jahrgangs 2 Thlr. 20 sgr. Nro. 11.

Abhandlungen über practische Rechtsmaterien.

Von den zu Vertheidigungen befähigten Personen.

Mitgetheilt von Dr. Hermann Ortloff, Privatdocenten in Jena.

§. 1.

Nach der Thüringischen Strafproceßordnung.

Die zu Vertheidigungen befähigten Personen sind nach Art. 197. der StPOrdnung die angestellten Anwälte und sonst von Staatswegen zu Vertheidigungen befähigten Personen; beiden Classen von Vertheidigern werden daselbst Staatsdiener, welche die juristische Staatsprüfung oder den juristischen Doctorgrad erlangt haben, gleichgestellt.

Die Gesetzgebung hatte, wie bei vielen andern Puncten, auch hier die Schwierigkeit zu überwinden, eine wo möglich alle in den Einzelstaaten, für welche die StPOrdnung berechnet war, schon gegebenen und noch zu gebenden Gesetze, umfassende Bestimmung zu treffen. Hatten auch früher die Advocaten ein gewisses Bannrecht auf Führung von Vertheidigungen, so mochte doch die Erfahrung gelehrt haben, daß die Zahl der Advocaten, welche Vertheidigungen in öfteren Fällen ablehn-

ten, nicht ausreichte, und daß man daher Andern außer den Advocaten die Befugniß zu vertheidigen ertheilen müsse. Diese mußten natürlich Juristen und zwar, damit der Staat eine Garantie habe, geprüfte Juristen sein. Allein da man füglich Staatsbeamte, eben wegen ihres zu verwaltenden Amtes, mit abweichenden Geschäften nicht belasten konnte, so betraute man jüngere Juristen, die eine Anstellung im Staate noch nicht erlangt hatten, aber doch im Vorbereitungsdienst aufgenommen waren, um ihnen zugleich eine angemessene Vorübung zu gewähren, mit der Führung von Vertheidigungen, und ließ sie gesetzlich als Officialvertheidiger, oder auf die Wahl des Angeschuldigten als Vertheidiger bestellen, bezüglich auftreten. Diese jüngeren Juristen waren Accessisten, Auditoren, Referendarien, Notare u. s. w., und sie sind die, welche Art. 197. der StPOrdnung als die „sonst von Staatswegen befähigten Personen" bezeichnet. Allein da die Vertheidigung in dem neuern Strafverfahren eine viel bedeutendere Stellung als je eingenommen hatte, so wollte die Gesetzgebung auch noch andern befähigten Personen, außer den erwähnten, gestatten, Vertheidigungen zu führen; sie mochte dabei auch im Auge gehabt haben, dem Angeschuldigten eine freiere Wahl seines Vertheidigers zu geben. Sie stellte daher den zu Vertheidigungen befähigten Personen Staatsdiener, welche eine Probe ihrer juristischen Bildung abgelegt haben, gleich. Da diese durch das Gesetz gleichfalls zu Vertheidigungen befähigt worden sind, fallen sie lediglich mit unter die Classe der sonst von Staatswegen Befähigten und bilden, weil sie als Staatsbeamte nach Art. 197. der StPOrdnung, bevor sie vertheidigen dürfen, erst die Genehmigung ihrer vorgesetzten Dienstbehörde erlangt haben müssen, nur eine besondere Gattung dieser Classe. Man wird dabei aber auch nicht bloß an Staatsdiener im engern Sinn denken dürfen, welche ein bestimmtes Amt und eine ständige Besoldung haben, sondern muß vielmehr nach der ratio legis alle juristisch geprüften Staatsdiener, auch wenn sie noch kein öffentliches Amt haben, also alle Staatsdiener im weitern Sinn, zu Vertheidigungen zulassen, namentlich die bei Justiz- oder Verwaltungsbehörden beschäftigten Accessisten, Auditoren, Referendäre u. s. w., welche juristisch geprüft sind und sich auch nur mit Genehmigung ihrer vorgesetzten Dienstbehörde mit einer Vertheidigung befassen dürfen. Diese letztere Beschränkung beabsichtigt, eine Vernachlässigung des Dienstes durch die gesetzlich erweiterte Vertheidigungsbefugniß zu verhüten. Wo eine solche nicht zu befürchten ist, z. B. bei einem pensio-

nirten oder beurlaubten Staatsdiener, oder etwa bei einem für einen Advocaten arbeitenden, also nicht im Staatsdienst gegenwärtig verwendeten Auditor u. s. w., greift die erwähnte Beschränkung wohl nicht Platz.

Es giebt demnach zwei Classen von Vertheidigern; die erstere bilden die angestellten Anwälte, die letztere die sonst von Staatswegen zu Vertheidigungen Befähigten, oder wie sie das Gesetz nur gelegentlich in §. 2. der Gebührentaxe unterscheidet, Anwälte und befähigte Nichtanwälte.

Da hinsichtlich der Anwälte kein Zweifel obwaltet, werden sie nicht weiter erwähnt werden, und es bleibt nur noch zu bestimmen übrig, wer die Personen der zweiten Classe im Einzelnen sind.

§. 2.

Nach den Bestimmungen der Einzelstaaten.

Im Herzogthum S. Meiningen sind außer den angestellten Anwälten von Staatswegen zu Vertheidigungen die Auditoren und Referendäre befähigt. Sie konnten schon früher, nach Artt. 7 u. 10. des Statuts vom 21. Januar 1829 für die Befähigung zum Staatsdienst, im Fache der Justiz, ex officio zu Anwälten und Defensoren bestellt werden. Durch die StPOrdnung ist ihre Befähigung noch erweitert worden, indem sie auch in ihrer Eigenschaft als Staatsdiener nicht allein ex officio, sondern auch frei, vom Angeschuldigten gewählt, zum Vertheidiger bestellt werden können.

Im Großherzogthum S. Weimar ist die frühere Bestimmung des §. 4. des Gesetzes vom 30. Juni 1823 die Vertheidigung in Criminalsachen betreffend, wonach Accessisten zu den außer den Anwälten von Staatswegen zu Vertheidigungen Befähigten gehörten, durch das Regulativ vom 11. Februar 1853 über die Prüfungen, die Ausbildung u. s. w. der Rechtscandidaten, Accessisten und Auditoren in Wegfall gekommen [1]).

Hiernach sind Accessisten nach §. 28. nur ausnahmsweise und unter besonderer Erlaubniß des Präsidenten des AGerichts oder des Directoriums eines Kreisgerichts, je nach der Competenz für die Untersuchungssache, zu öffentlichen Vertheidigungen befugt.

---

1) Es ist übrigens zweifelhaft, ob dieses nur vom Appellationsgericht erlassene Regulativ, weil es der Gesetzesform ganz entbehrt, Gesetzeskraft hat.

Auditoren dagegen sind, nachdem sie den im Regulativ vorgeschriebenen Ausbildungscursus absolvirt haben, jener Beschränkung für Accessisten nicht unterworfen und können, wenn sie activ und unmittelbar im Dienst des Staates stehen, nur mit der Genehmigung ihrer vorgesetzten Behörde, außerdem aber nach Obigem wohl frei, ohne irgend eine Erlaubniß, vertheidigen. Denn die Bestimmung des Regulativs im §. 27., wo von dem Ausbildungscursus der Auditoren gehandelt wird, daß ein Auditor auch dreimal als Vertheidiger in einer öffentlichen Hauptverhandlung vor dem AGericht, einem Schwurgericht oder einem Kreisgericht zu fungiren und zu dem Ende, insofern ihm nicht ein Anwalt gestatten sollte, für ihn, bezüglich unter seiner persönlichen Assistenz aufzutreten, bei den betreffenden Gerichten darum nachzusuchen habe, daß er in der einen oder andern Weise als Official-Vertheidiger, bezüglich Official-Anwalt bestellt werde, oder wenn er ohne Assistenz eines Anwaltes in einer Untersuchung als gewählter Vertheidiger auftreten wolle, hierzu die Genehmigung des Gerichts, vor dem die Verhandlung stattfinde, einholen solle, bezieht sich eben nur auf die drei Male, welche hier als letztes Erforderniß des Ausbildungscursus hingestellt werden, und giebt die Arten, unter denen hier eine Vertheidigung möglich gemacht werden kann, an. Daß diese Beschränkung der Vertheidigung eines Auditors nur für die drei Fälle des Ausbildungscursus gegeben sein soll, geht noch klarer aus dem Schlußsatz des §. 27. hervor, wo es heißt: „das Gericht, vor welchem ein Auditor in dieser Weise aufgetreten ist, hat demselben darüber, wie er sich dabei gezeigt hat, in jedem einzelnen Falle ein Zeugniß zu den Personalacten des AGerichts auszustellen." Hierauf folgt der Abschnitt V. über die Beschäftigung der Auditoren nach dem Ausbildungscursus, und weiter enthält das Regulativ über die Vertheidigung durch Auditoren keine Bestimmung.

Demnach können Auditoren, wenn sie zugleich active, d. h. gerade im Dienst des Staates verwendete Staatsdiener sind, nur mit Genehmigung der vorgesetzten Behörde (Art. 197. der StPO.), außerdem aber wohl ohne irgend eine Beschränkung öffentlich vertheidigen, und es sind daher z. B. Auditoren, welche bei Advocaten Hülfsarbeiter sind, zwar noch Staatsdiener, aber doch beurlaubte, und fallen nur unter die sonst von Staatswegen Befähigten, welche keiner Beschränkung unterworfen sind.

Für die Schwarzburgischen Fürstenthümer gilt dasselbe Regulativ wie für das Großherzogthum S. Weimar.

§. 3.

Nach der Gesetzgebung im Herzogthum S. Altenburg insbesondere.

Die Bestimmung der durch Publicationspatent vom 27. Februar 1854 für das Herzogthum S. Altenburg gegebenen StPOrdnung, welche hier im Wesentlichen mit der Thüringischen übereinstimmt, lautet im Art. 179. dahin:

„Der Angeschuldigte hat seinen Vertheidiger aus der Zahl der im Herzogthum angestellten Anwälte oder sonst von Staatswegen zu Vertheidigungen befähigten Personen zu wählen. Inländische Staatsdiener und Notare, welche nach der juristischen Staatsprüfung die Befähigung zur Advocatur bezeugt erhalten oder den juristischen Doctorgrad erlangt haben, sind den zu Vertheidigungen befähigten Personen gleichzustellen. Staatsdiener können jedoch .... sich nur mit Genehmigung ihrer vorgesetzten Dienstbehörde mit einer Vertheidigung befassen."

Die Altenburgische StPOrdnung hat also ganz dieselben Classen wie die Thüringische, und weicht von dieser nur darin ab, daß sie unter den außer den Staatsdienern von Staatswegen zu Vertheidigungen Befähigten die Notare noch besonders nennt und bei beiden eine bestimmte Grenze zieht.

Nach dem Altenburgischen Gesetz vom 5. Mai 1841, einige Abänderungen im Untersuchungsverfahren u. s. w. betreffend, §. 19. waren außer den Advocaten von Staatswegen zur Übernahme von Vertheidigungen befähigt auch mit der Befugniß zur sachwalterlichen Praxis nicht bekleidete Rechtskundige, nach vorgängiger Verpflichtung und nur nach besonderer Wahl des Angeschuldigten. Nur hierauf kann sich Art. 179. der Altenburgischen StPO. hinsichtlich der sonst von Staatswegen zu Vertheidigungen Befähigten beziehen. Allerdings fielen unter jene Rechtskundigen auch Notare und Auditoren, letztere aber nach dem Schlußsatz des §. 19. nur, solange sie nicht bei dem Untersuchungsgericht oder der Justizcanzlei beschäftigt waren. Indem die Altenburgische StPO. von den sonst von Staatswegen Befähigten spricht, sich also auf schon früher zu Vertheidigungen Befähigte bezieht und diese nur im erwähnten §. 19. des Gesetzes vom 5. Mai 1841 vorkommen, so muß man trotz der im Publicationspatent vom 27. Februar d. J.

stillschweigend mit inbegriffenen Aufhebung jenes Gesetzes annehmen, daß damit die in demselben erwähnten Rechtskundigen gemeint waren, weil Art. 179. sonst ein referens sine relato enthalten würde. — Außer jenen Rechtskundigen, die demnach in der Classe der von Staatswegen Befähigten stehen, hat die Altenburgische StPOrdnung besonders hervorgehoben Staatsdiener und Notare, welche nach der juristischen Staatsprüfung die Befähigung zur Advocatur bezeugt erhalten oder den juristischen Doctorgrad erlangt haben. Nämlich nach §. 26. des Regulativs über die Bedingungen der Befähigung zum Staatsdienst im Justizfache vom 9. Juni 1846 werden denjenigen, welche die vorgeschriebene Staatsprüfung bestanden haben, auf Verlangen Zeugnisse über ihre Befähigung zum Staatsdienst ausgestellt; der erste Grad ist die Befähigung zum Richteramt, der zweite die zur Advocatur, der dritte die zum Notariat und der folgende die Befähigung zum subalternen Staatsdienst. Es sind demnach alle subalternen Staatsdiener und Notare, welche das Zeugniß der Befähigung mindestens zur Advocatur nicht aufweisen können, hier nicht inbegriffen. Auditoren, so weit sie nicht unter die im Art. 179. erwähnten Staatsdiener fallen, gehören dann unter die sonst von Staatswegen zu Vertheidigungen Befähigten, und unterliegen der für sie gegebenen Beschränkung des §. 19. des Gesetzes vom 5. Mai 1841.

Die Classe der sonst von Staatswegen zu Vertheidigungen Befähigten läßt sich demnach nur negativ bestimmen; es gehören darunter diejenigen, die nicht angestellte Anwälte, noch Staatsdiener oder Notare mit der Befähigung zur Advocatur sind. Nimmt man aber an, daß §. 19. des Gesetzes vom 5. Mai 1841, was wohl das Richtige ist, nicht aufgehoben worden ist, so sind die dort unter Beschränkungen zugelassenen Rechtskundigen die sonst von Staatswegen Befähigten.

Als eine von der Thüringischen StPOrdnung abweichende Beschränkung der außer den angestellten Anwälten zu Vertheidigungen befähigten Personen ist die Bestimmung der Altenburgischen anzusehen, daß nur angestellte Anwälte, ex officio oder wenn der Angeschuldigte die Wahl des Vertheidigers dem Gericht überlassen hat, zu Vertheidigern bestellt werden sollen (Art. 179 i. f. und Art. 187. der Altenburg. StPOrdnung).

§. 4.

Insbesondre von der Befugniß der nach der Thüringischen und Altenburgischen StPOrdnung zu Vertheidigungen befähigten Personen, die Parteienrechte in dem Verfahren bei Ehrenkränkungen durch Schrift und Wort zu vertreten.

Es sind mannichfache Zweifel erhoben worden [2]), ob die oben erwähnten Personen auch in dem Verfahren bei Ehrenkränkungssachen, für den Ankläger oder den Angeklagten zur Wahrung ihrer Rechte, auftreten und für sie als Bevollmächtigte oder neben ihnen als Anwälte oder Vertheidiger, wie die Advocaten, in Schriften und Terminen fungiren dürften. Man hat sich bei der Entscheidung gegen deren Zulassung auf die Analogie des Civilverfahrens, bei welchem nur vom Staat mit der advocatorischen Praxis betraute Anwälte für die Parteien Schriften fertigen und für sie und mit ihnen vor Gericht erscheinen sollten, bezogen, aber auch auf den Wortlaut des Art. 371. alin. 5. der Thüringischen StPO.: „Die Anklage kann zu Protocoll gegeben oder in einer Anklageschrift angebracht werden, welche von einem Anwalte gefertigt sein und mit einem Duplicate übergeben werden muß." Man könnte sich im Großherzogthum S. Weimar zur Begründung dieser Nichtzulassung anderer Personen als der Advocaten im Injurienverfahren auch auf §. 32. des Gesetzes vom 29. October 1840 berufen, wonach die Besorgung fremder Angelegenheiten durch mündliche Verhandlungen oder schriftliche Eingaben bei den Gerichtsstellen den zur Praxis zugelassenen Anwälten ausschließlich zustehen soll.

Wir müssen uns jedoch für Zulassung aller derjenigen Personen zur Vertretung der Parteien in dem Verfahren bei Ehrenkränkungen vor den Einzelgerichten erklären, welche die Thüringische StPO. in Art. 197. und die Altenburgische in Art. 179. zur Vertheidigung im Strafverfahren für befähigt erklärt haben, unter den daselbst aufgeführten Bedingungen.

Es ist richtig, daß das Verfahren in Ehrenkränkungssachen ein dem Civilverfahren analog nachgebildetes und wie das römische und im gemeinen Proceß früher gestattete Anklageverfahren beschaffen ist; allein die Analogie des Civilprocesses ist von beiden Proceßgesetzgebungen, von der Thüringischen Art. 377. und von der Altenburgischen Art. 338. auf ganz bestimmte Kreise beschränkt, mithin darüber hinaus nicht an-

2) Im Großherzogthum S. Weimar haben die Kreisgerichte über diese Frage im vorigen Jahr mit einander communicirt und sich theilweis für ausschließliche Zulassung der Advocaten im Injurienverfahren ausgesprochen.

wendbar. Die Vorschriften über das Verfahren in Ehrenkränkungssachen bilden aber einen besondern Anhang zur Strafproceßordnung und sind als eine Art des Strafverfahrens, bei der die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft aus dem Grunde ausgeschlossen ist, weil der Staat unmöglich selbst die Verfolgung einer jeden, mehr oder weniger in die Privatwillkühr des Einzelnen fallenden, Ehrenverletzung übernehmen kann, bezeichnet (Thüring. StPO. Art. 370. Altenburg. StPO. Art. 330.).

Bei dieser besondern Art des Strafverfahrens sollen im Allgemeinen die für das Verfahren vor den Einzelrichtern überhaupt aufgestellten Regeln in Anwendung kommen (Thüring. StPO. Art. 374., Altenburg. StPO. Art. 334.). Der Einzelrichter ist aber im Allgemeinen an die Analogie des Verfahrens vor den Kreis- oder Criminalgerichten, vorbehältlich besonderer Vorschriften (Thüring. StPO. Artt. 345. 346., Altenburg. StPO. Artt. 301. 302.), gewiesen; es gelten demnach alle Bestimmungen über Vertheidigungen vor den Kreis- und Criminalgerichten auch für das Verfahren vor den Einzelgerichten überhaupt, und im Besondern für das Verfahren in Ehrenkränkungssachen.

Hiermit wäre zunächst der Nachweis geliefert, daß alle zur Vertheidigung überhaupt befähigten Personen auch die Vertheidigung eines wegen Ehrenverletzung Angeklagten führen dürfen. Es könnte nur noch zweifelhaft sein, ob dieselben Personen ohne Ausschluß auch die Sache des Anklägers führen dürfen. Dieß ist nicht direct, aber indirect aus der Gleichheit der Parteien vor Gericht nachzuweisen.

Die Gleichstellung des Anklägers und Angeklagten geht durch die ganze Vorschrift über das Verfahren bei Ehrenkränkungen als Princip hindurch. Keineswegs darf die Analogie des Privatanklägers, der mit den limitirten Rechten und Befugnissen des Staatsanwaltes, wenn dieser die Verfolgung eines Verbrechens verweigert, auftreten und einen „Anwalt" zuziehen kann, hereingezogen werden, da eine solche von dem Gesetz nicht zugelassen ist; und selbst wenn diese Analogie anwendbar wäre, würde sie die Parteiengleichstellung nicht alteriren. Alles, was dem Angeklagten gestattet ist, muß aus obigem Princip auch auf den Ankläger übertragen werden, mithin dessen Vertretung durch jeden zur Vertheidigung Befähigten. — Aus dem von der Thüringischen StPO. Artt. 371 u. 49., von der Altenburgischen StPO. aber nur in Art. 29. gebrauchten Ausdruck „Anwalt" für den Vertreter des Anklägers läßt sich für die ausschließliche Zulassung von Advocaten,

die oft mit diesem Ausdruck, aber nicht so passend wie mit „Rechtsanwalt" bezeichnet werden, gar nichts folgern. „Anwalt" (avoué) heißt nichts anderes als Vertreter, und ist von der Redaction der betreffenden Gesetzbücher für den Vertreter des Anklägers gebraucht, den man, weil er der angreifenden Partei dient, nicht „Vertheidiger" nennen wollte und konnte.

Anstatt weiterer Ausführung theilen wir folgende Entscheidung des OAGerichts zu Jena aus dem Jahr 1854 auf eine aus dem Großherzogthum S. Weimar eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde mit. Der Rechtsfall ist folgender:

Der Rechtsanwalt X. zu W. hatte seinen Amanuensis, Auditor A., mit einem Substitutorium zur Abwartung des Vorverhandlungstermins für den Ankläger wegen einer Ehrenkränkung versehen. Das Justizamt ließ aber den Auditor A. nicht zum Termin zu, weil er von der zuständigen Aufsichtsbehörde zur Vertretung des Rechtsanwaltes X. in Terminen nicht autorisirt sei, und eine unmittelbare Bevollmächtigung von dem Ankläger nicht beigebracht habe, und nach Art. 373. der StPO. für genügend bevollmächtigt nicht angesehen werden könne. In Folge davon wurde der Ankläger, der nicht selbst erschienen war, der Anklage für verlustig erkannt. Hiergegen wendete Rechtsanwalt X. für den Ankläger Nichtigkeitsbeschwerde auf Grund des Art. 506. Ziff. 4. ein, weil Befugnisse und Proceßhandlungen, welche als Mittel der erlaubten Strafverfolgung anzusehen wären, gesetzwidrig versagt worden seien. Das Großh. S. Kreisgericht zu W. verwarf das eingewendete Rechtsmittel als materiell nicht begründet, und bestätigte die Entscheidung des Justizamts, unter Beifügung noch folgenden Grundes, der in die §. 2. gegebene Erörterung einschlägt, nämlich der Auditor A. habe nach §. 27. des Regulativs über die Prüfung, Ausbildung u. s. w. der Accessisten und Auditoren vom 11. Febr. 1853, wenn er ohne persönliche Assistenz eines Anwalts fungiren wollte, der Genehmigung des betreffenden Gerichts bedurft, die aber nicht ertheilt gewesen sei.

Auf abermals eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde des Anklägers verwarf das OAGericht zu Jena dieselbe und gab dazu folgende hierher gehörige Gründe:

„Der Art. 371. der StPO. bezeichnet den Vertreter des Anklägers als Anwalt, und in den Artt. 373 u. 374. ist bei beiden Theilen von Bevollmächtigten die Rede. Wer befugt sein soll aufzutreten, ist nicht näher bestimmt. Da aber das Verfahren in Ehrenkränkungssa-

chen eine Art des Strafverfahrens ist, bei welchem die Grundsätze des Civilprocesses nur insofern eingreifen, als sich dieß nach den Vorschriften der StPOrdnung selbst besonders rechtfertigen läßt, diese Vorschriften jedoch keinen Anhaltepunct gewähren, die Stellvertretung der Parteien in Ehrenkränkungssachen nach den besondern Regeln des Civilprocesses zu beurtheilen, so wird man die Befähigung zu dieser Stellvertretung auch nach den Regeln des Strafverfahrens beurtheilen müssen. Am unbedenklichsten ist dieß bei der Stellvertretung des Angeklagten, die eine Art der Vertheidigung ist; und es sind daher hierbei die Vorschriften des Art. 197. der StPO. über die Befähigung zu Vertheidigungen maßgebend. Dasselbe muß aber auch wegen Gleichheit der Rechte der Parteien bei der Stellvertretung des Anklägers gelten, und es sind folglich auch nur die zur Vertheidigung des Angeklagten befugten Personen zur Anwaltschaft für den Ankläger befähigt. Schreibt nun die StPOrdnung Art. 197. vor, daß Staatsdiener, welche die juristische Staatsprüfung bestanden haben, zu Vertheidigungen der Genehmigung ihrer vorgesetzten Dienstbehörde bedürfen, und verordnet ferner der §. 27. des Regulativs vom 11. Februar 1853, daß ein Auditor, welcher ohne Assistenz eines Anwalts in einer Untersuchung als gewählter Vertheidiger auftreten will, hierzu die Genehmigung des Gerichts, vor welchem die Verhandlung stattfindet, einzuholen hat, so ist der in der gegenwärtigen Sache ohne eine Genehmigung seiner Dienstbehörde oder des Proceßgerichts aufgetretene Auditor A., mit vollkommenem Recht, als zur selbständigen Vertretung des Anklägers nicht befähigt zurückgewiesen worden."

Die Zulassung aller zu Vertheidigungen befähigten Personen im Verfahren bei Ehrenkränkungen ist hiernach in der Praxis anerkannt. Daß aber die Genehmigung des Proceßgerichts von den Auditoren auch nach Vollendung ihres Vorbereitungsturnus eingeholt werden müsse, ist, wie oben in §. 2. nachzuweisen versucht wurde, wohl nicht anzunehmen.

Da die sog. Nichtanwälte überhaupt alle zur Vertheidigung erforderlichen Handlungen vornehmen dürfen, wie Vertheidigungs-, Appellations- und andere Schriften fertigen, muß es ihnen auch unverwehrt sein, die Anklageschrift als Vertreter des Anklägers, des Privatanklägers wie des Anklägers in Ehrenkränkungssachen, zu fertigen. Überhaupt stehen sie im Strafverfahren den angestellten Anwälten in allen Dingen, außer was die Kosten der Vertheidigung anlangt, voll-

kommen gleich, und es erleidet daher §. 32. des Weimar. Gesetzes vom 29. October 1840 durch die speciellen Vorschriften der Thüringischen StPOrdnung für das Strafverfahren eine Modification.

Actenmäßige Darstellung civil- und criminalrechtlicher Entscheidungen.

Der verödete Gasthof. — Zur Erläuterung der Bedeutung der conditio.

Vom Herrn Geh. Regierungsrath Dr. Emminghaus in Weimar.

Im Dorfe A. hat B. einen Gasthof. Der durch das Dorf geführte Neubau einer die Nachbarstädte Sömmerda und Erfurt verbindenden Chaussée bedroht, weil der Gasthof fern von der Chausséelinie liegt, den B. mit Vereinsamung. Unterhandlungen zwischen der Gemeinde A. und B. werden zu Beseitigung des Übelstandes zwar gepflogen; allein ihr Erfolg ist zunächst:

I. ein Proceß, dessen Thatverhalt aus folgenden Urtheilsgründen des Kreisgerichts Weimar vom 17. Jun. 1853 klar wird: „B. klagt wider die Gemeinde A., weil in einer, auch von ihm, B., besuchten, legal zahlreichen, Gemeindeversammlung vom 26. Febr. 1852 beschlossen worden: a) die Chaussée-Baukosten sollten dergestalt, daß die Gemeindeglieder die Nutzung eines seither eine rem universitatis in specie bildenden Rieths zum Besten des Baufonds aufgeben, auch das nöthige Privatareal um den mäßigen Preis von 12½ Sgr. pro Quadratruthe abtreten, wodurch die Verzinsung des auf die Gemeinde aufzunehmenden Baucapitals gedeckt werde, bestritten; dagegen b) soweit irgend möglich, der jetzige Erfurter Weg beim Chausséebaue mit verwendet werden: — und weil letztgedachter Weg, welcher an B.s Gasthofe sich vorüberziehe, gar wohl zur Chaussée, wenn sie nur einen kleinen Bogen formire, dienen könne, — auf Bau des fraglichen Chausséestücks vor dem Gasthofe vorbei. Allein dieses Suchen findet nicht Statt. Die Streitfrage bewegt sich auf dem Felde eines Neubaues einer, nicht bloß für die Glieder der Gemeinde A., sondern für das gesammte Publicum bestimmten Landstraße erster Classe nach der Terminologie des Weimar. Landesgesetzes von 1821 (Reg.-Bl. S. 557 f.). Dieser Gegenstand [1]) aber ist in den §§. 2. 6. erwähnten Gesetzes („Die Nothwendigkeit und Räthlichkeit neuer Chausséebaue, sowie deren Richtung und Lage ist von der obern Verwaltungsbehörde jedesmal sorgfältig zu prüfen und

1) S. auch Mommsen, Unmöglichk. d. Leistung. 1853. S. 118 f.

auszumitteln; diese Vorarbeiten sind dem Staatsministerium vorzulegen, damit auch der Baucasse Zuschüsse unter Zustimmung des Landtags zugewiesen werden können"), gleichwie allenthalben nach deutsch-staatsrechtlichen Ansichten: s. H. A. Zachariä, Staatsr. B. II. S. 338., der Schlußfassung der polizeilichen Staatsbehörde, insonders bezügig der Richtung des neuen Wegs, überwiesen: s. Burkhard, Handb. d. Weimar. Verwalt. 1844. S. 336. Das Princip, welches hiebei unterliegt, ist das von der öffentlichen Gewalt zu beachtende Gemeinwohl: s. Eichhorn, Deutsch. Priv. §. 272. Ausg. 4., Phillips, Deutsch. Priv. §. 91. Ausg. 2., Gerber, Deutsch. Priv. §. 62[2]). Das Weim. Gesetz von 1836 (Reg.-Bl. S. 105.) dehnt zwar wörtlich auf nicht vom Staate erbaute Chausséen nur einige im Gesetz von 1821 enthaltene Maximen aus, ist aber weit entfernt, obiges Fundament der ganzen Lehre zu verlassen. Auch bei einer, wie so eben erwähnt, gestalteten Wegbauunternehmung handelt virtualiter und ganz nach seiner freien Determination der Staat und bloß auf seinen Impuls und als sein Organ der privatus oder die Corporation, welcher die Herrichtung des Wegs concedirt ward. Hieraus fließt, wiefern es um Subsumtion des Streitfalls sich fragt: 1) daß die in der Klage erzählte Verabredung nicht geeignet war, dem Kläger einen auf Das, was er petirt, lautenden Rechtsanspruch zu gewähren. Selbst wenn, — was übrigens, indem dabei dem Kläger, welcher einen Vortheil sich stipuliren wollte, für deutlichere und speciellere Abfassung des Contracts zu sorgen, oblag, sehr zweifelhaft bleibt; — die hiebei maßgebende Absicht der Contrahenten (s. Schweppe, Handb. d. Röm. Priv. B. III. S. 122.) auf Geltendmachung des fraglichen angeblich vorwaltenden Sonderinteresses des Klägers, der anders als die übrigen Paciscirenden, mit welchen er bezügig der gesetzlichen Verpflichtung, die Expropriation sich gefallen zu lassen, ebenso wie hinsichtlich der Obliegenheit, die Kosten des von der Gemeinde beschlossenen Straßenbaues zu tragen, auf ganz gleicher Linie stand, mit sich erstreckt haben sollte, — so würde doch, nach den Regeln über promissum facti tertii (s. Gesterding, Irrthümer S. 391 f.), um zu der — freilich aber immer noch nicht auf das Klaggesuch, sondern bloß — und auch dieß nur, wenn nicht ohnehin schon der Satz „quilibet conditionis ejus, quocum contrahit, gnarus esse debet", l. 9. pr. D. XXII. 6., l. 19. D. L. 17., wider Klägern entscheiden sollte (Schweppe a. a. O. S. 109 unten fg.) — auf ein Recht auf Schadloshaltung hinleitenden, dem Kläger günstigen Auffassung zu gelangen, ein von der Beklagten verschuldetes Unterbleiben der Wegeanlage zu behaupten gewesen sein. — 2) Aus dem obigen Gesichtspuncte ergiebt sich weiter, daß das angerufene Civilgericht seinen wahren Wirkungskreis überschreiten würde, wollte es die Bemessung der Thunlichkeit („Möglich-

2) S. auch Martin, Vorles. üb. bürg. Proc. 1855. S. 155.

keit"), die Straße so, wie Kläger es begehrt, zu dirigiren, vor sein Forum ziehen; denn nicht vom Richter kann die Diensamkeit, Zweckmäßigkeit einer Polizeimaßregel geprüft werden: einer solchen Thätigkeit des Gerichts würde das nothwendige Merkmal jeder Justizsache, daß es um Verletzung eines für einen privatum qua talem erworbenen wirklichen Rechtes sich handle, mangeln: s. H. A. Zachariä a. a. O. Bd. II. S. 236., Gerber üb. öff. R. 1852. S. 52 f."

II. Zwar appellirt nun B. Allein es beschleicht ihn doch gegen das Gelingen ein solches Mißtrauen, daß er gleichzeitig und primario auf den Administrativpfad hinüberlenkt. Da ergiebt sich denn: 1) ein Rescript des Großh. Staatsministeriums vom 20. Juni 1853 an die Bezirksdirection (Verwaltungsstelle): „Man sei unter den obwaltenden Umständen nicht abgeneigt, die durch B. nachgesuchte Erlaubniß zur Verlegung seines Gasthofs an die Chaussée zu ertheilen; jedoch solle die Bezirksdirection die gütliche Beseitigung des Processes bei I. vorerst so versuchen, daß sie den B. zur Rücknahme der Klage und Kostentragung bestimme; wobei nach Befinden auch der Gemeinde, die ebenfalls einen Gasthof, abgelegen von der neuen Chaussée, besitze, die Vergünstigung gleicher Verlegung in Aussicht zu stellen sei." 2) Die Bezirksdirection gelangte auch wirklich in einem zwischen der Gemeinde A. und B. am 30. Juni 1853 gehaltenen Termin zu einem Protocoll des Inhalts: „a) B. erklärt, wenn ihm die obige Erlaubniß zu Verlegung seines Gasthofs ertheilt werde, so werde er, ohne eine Verpflichtung anzuerkennen, und lediglich zu Beseitigung der schwebenden Differenz, als Beitrag zu den Kosten der Herstellung der Straße 500 Thlr. an die Wegbaucasse bezahlen, die Klage bei dem Kreisgericht unter Verzicht auf den libellirten Anspruch fallen lassen und die Kosten erstatten; auch wolle er im voraus damit, daß der Gemeinde=Gasthof an die neue Chaussée gelegt werde, sich einverstanden erklären; er bitte, sobald die Gemeinde über Annahme dieser Offerte, die er dann als einen bindenden Vergleich hiemit im voraus betrachte, angezeigt haben werde, anderweit an G. Staatsministerium zu Ertheilung der nöthigen Übertragungs=Erlaubniß seiner Realgerechtsame zu berichten. — b) Die Gemeinde A. will unverweilt definitiv sich erklären." 3) Aber der Friede blieb dennoch fern: B. brachte schon am 4. Juli 1853 bei der Bezirksdirection schriftlich vor: „seine Meinung sei am 30. Juni ganz incorrect niedergeschrieben; bloß wenn er das Klaggesuch unter I, oben damit durchsetze, wolle er die 500 Thlr., Kosten u. s. w. prästiren; auf Verpflanzung seines Gasthofs verzichte er:" und das Staatsministerium rescribirte am 25. Juli 1853: „Da die Gemeinde A. am nämlichen 4. Juli, wo B. zuletzt gegen die Bezirksdirection sich ausgesprochen, auf A.s Verharren beim Vergleiche v. 30. Juni, den sie ihrerseits annehmen wolle, dort angetragen; B. hingegen auf die

Verlegung seines Gasthofs verzichte; so könne man, so lange noch diese Differenzen zwischen der Gemeinde und B. obwalteten, dem neuerlichen Gesuche B.s entgegen zur Genehmigung der Verlegung des Gasthofs desselben sich nicht bewogen finden."

III. Jetzt beutete die Gemeinde das Protocoll vom 30. Juni zum Behuf einer in der Sache I. ebd. noviter emergens nachgebrachten *exceptio transactionis* aus. Es wies diese aber 1) das Kreisgericht am 4. Oct. 1853 ab, denn: „Nach dem in A. geltenden Particularrechte: Weimar. Landes-Ordnung von 1556 C. 51. „„Es sollen alle Gasthöfe und Wirthshäuser, die auf Dato der Landes-Ordnung als öffentliche Gast- und gemeine Wirthshäuser befunden, also bleiben, durch Kauf oder Gebäude nicht verändert werden:"" *Carpzov* Defin. II. 4. def. 10. verglichen mit *Cannegieser* decis. Cassell. d. 273., *Richter* dec. P. III. d. 131., *Biener* opusc. V. II. p. 152; Stelzner Sächs. Zeitschr. N. F. Bd. VI. S. 443.: — bedarf es [3]) zu Verlegung eines Wirthshauses an eine Stelle, wo bisher kein solches stand, der Zustimmung der Behörde, die die öffentliche Wohlfahrt, nach Befinden auch auf die öffentliche Wohlfahrt Einfluß übende bannrechtliche Verhältnisse durch ihr Ermessen zu berücksichtigen pflegt. Nun trägt aber Beklagte selbst vor, daß Großh. Staatsministerium am 20. Juni nur insoweit seinen Willen kundgegeben, daß es „„diese Erlaubniß zu ertheilen nicht abgeneigt sei;"" und vielmehr sogar die Versagung derselben legt aus dem Rescript vom 25. Juli sich zu Tage."

2) Das AGericht Eisenach bestätigte am 20. Dec. 1853 aa. den Bescheid vom 4. Oct., indem es entwickelte: „Es liegt ein unter einer Suspensiv-Bedingung abgeschlossener Vertrag vor, durch welchen Kläger sich nur für den Fall des Eintritts der von ihm bestimmten conditio zum Aufgeben der Klage verbindlich gemacht hat. Wenn daher auch gegen die Zulässigkeit dieser conditio (*mixta* cf. l. un. C. VI. 51.) nichts zu erinnern sein möchte, so behauptet doch Verklagte gar nicht, daß sie eingetreten sei." — Auch bb. verwarf es nunmehr gleichzeitig die unter II. im Anfang gedachte Appellation, ausführend: „Nimmt man auch an, daß die Klage nicht sowohl die Richtung einer öffentlichen Straße zum Gegenstand einer civilrechtlichen Entscheidung machen will, als vielmehr nur die angeblich durch Contract versprochene Herstellung einer erlaubten Anlage auf einem in seiner Richtung und sonst schon bestimmten und begrenzten öffentlichen Wege; so ist doch offenbar am 26. Febr. 1852 die Proposition b. (unter I. oben) den einzelnen Ortsbürgern nicht als integrirender Theil mit den Einzelnen abzuschließender verschiedener Verträge gemacht worden. Der wesentliche Act und Zweck der Verhandlung war damals, eine Beschlußfas-

3) Auch hier schlägt die Doctrin Mommsens oben Note 1. ein.

fung der Gemeinde über den Chausséebau zu erzielen. Indem die Versammlung ihre Zustimmung zu den sämmtlichen ihr vorgelegten Propositionen ertheilte, wurden allerdings zugleich verschiedene einzelne Contracte über Vermögensrechte mit der Commun als solcher abgeschlossen; allein daraus folgt nicht, daß der Inhalt derjenigen Propositionen, welche nicht einen das Vermögen der Einzelnen als Paciscenten unmittelbar tangirenden Character hatten, auch der Disposition jedes Einzelnen, als Privatmannes, unterworfen sein sollten. Eine solche Auffassung widerstreitet der Natur der Sache, und ist keineswegs in der Darstellung Klägers über den Hergang begründet. Ohnehin würde Kläger aber ferner nicht auf Erfüllung der Bedingung klagen können: i. 41. pr. D. XVIII. 1.: non potuit agi, ut conditio impleatur, sondern nur, wenn die Resolutiv-Bedingung eingetreten wäre, auf Rescission des Kaufs."

IV. Die Gemeinde steigerte aber weiter ihre Prätensionen, gestützt auf das Protocoll vom 30. Juni, bis zur Beanspruchung, daß B. die 500 Thlr. ihr einzahle. Es begann ein Sentenzenwechsel. a. Das Kreisgericht zählte B. von der Zahlung am 11. April 1854 los durch Folgendes: „Der Gesichtspunct, aus dem wir das Geschäft vom 30. Juni 1853 anschauen zu sollen glauben, ist bereits in den Gründen vom 4. Oct. 1853 dahin angezeigt, daß die gesammte Gültigkeit jener Verhandlung von der präjudiciellen Voraussetzung der Ertheilung einer landespolizeilichen Concession zur Verlegung des fraglichen Wirthshausgewerbs auf ein andres Areal abhing. Kaum der Sache entsprechend ist es, wenn die Gemeinde den Fall auf das Gebiet eines mit einer conditio im eigentlichen Sinn, nämlich so, daß hiebei bloß Willkühr der das Rechtsgeschäft schließenden Subjecte vorwaltete, verknüpften Vertrags herüberziehen will: s. v. Savigny Syst. Bd. III. S. 120 f. 156 f. Sintenis pract. Civ. Bd. I. S. 166 f. Als schlüssige Folgerung geht aus dem Obigen hervor, daß die Klage vermöge der klägerischen Einräumung des Umstands, daß es im Augenblick an jener Concession in der That noch fehlt, hinfällt. Nur dann würde eine andere Ansicht, — wiewohl immer ohne daß das jetzige dem Richter vorgeführte Rechtsverhältniß dergestalt, daß eine condemnatoria pro petito basirt erschiene, sich darstellte, — geboten sein, wenn die Concessions-Befugniß auf privatrechtlichem Grunde ruhte: *F. Kind* quaest. ed. II. T. II. c. 72. Nach der dermaligen wahren Sachgestalt muß es einfach dabei bleiben, daß lediglich eine alsbaldige unbedingte Kundgebung des auf Ertheilung der fraglichen Concession zielenden Willens der Staatsregierung zu Gunsten der klagenden Gemeinde entscheiden könnte. Ein Gewicht darf weder auf das im Rescript vom 20. Juni 1853 gedachte „Nichtabgeneigtsein", noch darauf gelegt werden, daß im Rescripte vom 25. Juli bloß als Anlaß, zur Zeit mit der Concession zurückzuhalten, die fraglichen Differenzen berührt werden." b. In-

deß erfocht bei dem A.-Gericht Eisenach die Gemeinde A. eine Sentenz vom 7. Juli 1854, die den B. auf den Engpaß eines von ihm zu erbringenden Beweises (zu seiner freilich großen Unlust) hindrängte: daß in facto sein Vorbringen vom 4. Juli 1853 (Nr. II. 3. oben) richtig sich verhalte. „B." — so deducirte man — „muß, an sich, sein Versprechen vom 30. Juni 1853 erfüllen, wenn die Behauptung richtig gestellt wird, daß er seinen Antrag auf Verlegung seines Gasthofs bei dem Staatsministerium zurückgenommen hat. Dieß ist um so zuverlässiger anzunehmen, als im Rescripte vom 25. Juli 1853 unverkennbar der Sinn liegt, daß die Concession erfolgt sein würde, wenn nicht B., so wie am 4. Juli 1853 schließlich von ihm geschah, sich erklärt hätte. Denn B. stellt sich dann unter den Gesichtspunct dessen, der die Hinderung des Eintritts einer Bedingung vorgenommen hat, d. h. die Bedingung wird bezügig seiner als impleta angesehen: s. v. Savigny Syst. Bd. III. S. 140 unter B. Daß dieser Satz nicht von bloßen Potestativ-Bedingungen, sondern auch von den sogenannten gemischten Bedingungen zu gelten hat, ist in den Rechtsquellen und namentlich in einem Fall entschieden, welcher mit dem hier vorliegenden ganz und gar identisch ist: l. 50. D. XVIII. 1. Es ist auch kein bündiger Behelf des B., daß er nur einer in der Luft schwebenden „Baucasse" erwähnt habe: die Gemeinde hat die Chaussée gebaut, mithin kann nur ihre Baucasse gemeint sein." c. Dennoch sank B.s Wagschale wiederum. Die Facultät Berlin leitete sein Schifflein — wiewohl im letzten Resultate immer noch in geringem Grad seinen Wünschen frommend! — durch nachstehendes Urtheil vom Mai 1855 in den Ruhehafen: „Man kann dem Appellationsrichter nach näherer Prüfung keineswegs beipflichten, muß vielmehr dem ersten Richter, obschon aus andern Gründen, folgen. An sich würde der Standpunct des öffentlichen Rechts der auf Zahlung der 500 Thlr. gerichteten klägerischen Forderung nicht entgegenstehen. Allein der Ideengang der Gemeinde, als habe B. zu jener Zahlung unter einer gewissen Bedingung sich verbindlich gemacht, deren Eintritt er später frustrirt, läßt überall sich nicht rechtfertigen. Wird die Substanz, der eigentliche Inhalt des Vergleichs vom 30. Juni 1853, scharf aufgefaßt, so wohnt der höhern Orts zu ertheilenden Genehmigung nicht der Character einer wahren Bedingung im juridischen Sinn des Wortes bei. B. hat sich zu Verlegung seines Gasthofs Niemandem gegenüber verpflichtet. Diese Verlegung erscheint eher als Voraussetzung oder allenfalls als Bedingung seiner auf Zahlung der 500 Thlr. übernommenen Verbindlichkeit, denn als Gegenstand seiner Verpflichtung selbst. Materiell hat er sich bloß verbindlich gemacht, die 500 Thlr. zu erlegen, wenn er seinen Gasthof an die Chaussée transferire. Nicht aber: die ministerielle Zustimmung nachzusuchen. Diese letzte tritt freilich in dem Abkommen vom 30. Juni 1853 formell als eine Bedingung auf, an deren Eintritt B.s

Obliegenheit, die 500 Thlr. zu zahlen, geknüpft ist. In der That aber liegt hier immer einer derjenigen Fälle vor, in denen der täuschende Schein einer Bedingung obwaltet, während es an einem oder dem andern wesentlichen Moment einer Bedingung fehlt: v. Savigny Syst. Bd. III. S. 121 f. Zum Wesen einer Bedingung gehört immer soviel, daß dadurch das Dasein eines Rechtsverhältnisses von einem künftigen ungewissen Ereigniß abhängig gemacht werde. Will man auch die ministerielle Einwilligung als ein solches Ereigniß, dessen Eintritt gerade durch B. nicht vereitelt werden dürfe, ansehen, so fehlt doch gerade das Essential einer echten Bedingung, daß nämlich das Dasein eines Rechtsverhältnisses von jenem Ereigniß abhängig gemacht sei. Mit Unrecht stützt sich judex a quo auf l. 50. D. XVIII. 1. Hier liegt das wahre Rechtsverhältniß eines (Bibliothek-) Kaufs vor, der an sich perfect ist, wenn jene Bedingung, Überlassung eines geeigneten Platzes durch gewisse Dritte, eintritt. In unserem Falle aber hat sich B., wenn die höhere Genehmigung der Verlegung seines Gasthofs erfolgte, gar nicht zu Eingehung eines Rechtsverhältnisses, zu Abschluß eines bestimmten Rechtsgeschäfts anheischig gemacht; fragt man, wofür die 500 Thlr. bezahlt werden, so findet sich eigentlich keine passendere Antwort, als: für den Eintritt der Bedingung. Die Thatsache dieser sogenannten Bedingung liegt also gar nicht außerhalb des Gegenstands der getroffenen Verabredung, sondern fällt materiell mit in diesen Gegenstand hinein, d. h. wiederum: wenn B. die Erlaubniß zur Verlegung des Gasthofs erhält und diesen dann wirklich verlegt, so zahlt er 500 Thlr. Ob er aber diese Verlegung erbitten und sie ausführen will, das ist seinem freien Willen überlassen geblieben. Wollte man geltend machen, es handle sich um einen Vergleich, also um gegenseitige Ausgleichung streitiger Rechtsansprüche, und B. habe für die Beilegung der Zerwürfnisse bedingungsweise 500 Thlr. zugesagt, so würde dem entgegenstehen, daß ja gerade B. selbst es war, der die Streitigkeiten durch Rücknahme seiner Klage unter Tragung der Kosten zu Ende bringen sollte. Und wollte man das Äquivalent für das bedingungsweise gegebene Versprechen der 500 Thlr. in dem Aufgeben des Widerspruchs der Gemeinde gegen Verlegung des B.schen Gasthofs suchen, so würde doch auch darin nichts gefunden werden können, wodurch B.s freie Wahl, die Verlegung nachzusuchen oder auf dieselbe ganz zu verzichten, irgend gebunden oder beschränkt wäre. Dabei kann die Frage ganz unberührt bleiben, ob die Gemeinde, wenn B. ohne thatsächliche Verlegung seines Gasthofs aus dem sogenannten Vergleich vom 30. Juni 1853 zur Zahlung der 500 Thlr. nicht verpflichtet ist, nunmehr nachträglich wieder berechtigt sei, auf B.s, wie sie behaupten will, früher einmal vielmehr auf 1000 Thlr. übernommene Beitrags-Verpflichtung zurückzukommen."

Über die Untheilbarkeit der Servituten in Bezug auf das Erlöschen derselben durch Nichtgebrauch.

Vom Herrn Rechtsanwalt Münderloh in Weida.

Der Besitzer des Ritterguts zu B. im Fürstenthum Schwarzburg-Sondershausen ließ im Jahre 1851 seine Kühe in die dortige Feldflur und in seine Waldungen sowohl wie in die Waldungen der dortigen Gemeinde austreiben. Hierdurch fühlte sich die Gemeinde doppelt verletzt; sie sah in der Handlung des Gutsherrn nicht allein die Anmaßung eines Kuhweiderechts auf ihren Grundstücken, sondern auch eine Beeinträchtigung ihres eigenen an seiner Waldung ihr zustehenden Schafweiderechts. Sie erhob daher eine Klage und stellte darin die Behauptung auf, daß seit länger als 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen die Gutsherrschaft keine eigene Rindviehheerde, sondern nur eine Schafheerde habe austreiben lassen. In dem Petitum bat sie zu erkennen, daß dem Verklagten das Recht nicht zustehe, mit seiner Kuhheerde die Feldmarken der Flur sowie die Gemeinde- und Gutswaldungen beweiden zu lassen. Diese Klage, mit welcher die Gemeinde durch ein Erkenntniß der Juristenfacultät Halle-Wittenberg ab- und zur Ruhe verwiesen wurde, hatte eine doppelte Natur; confessorisch war sie, indem der Gutsherr wegen des Schafweiderechts der Gemeinde seinen eignen Grund und Boden mit seinen Kühen nicht beweiden sollte, und negatorisch, indem die Gemeinde die Ausübung eines Kuhweiderechts auf ihren Grundstücken nicht dulden wollte. In der ersteren Beziehung erfolgte die Abweisung der Klage aus dem natürlichen Grunde, weil das aus dem Eigenthum hervorfließende Weiderecht dem Erlöschen durch Nichtgebrauch nicht unterworfen ist, weil die bloße Schafweideservitut der Gemeinde nicht ausreichte, vielmehr eine besondere negative Servitut auf Seiten der Klägerin erforderlich sein würde, um die Gutsherrn an der beliebigen Benutzung seines Grundeigenthums verhindern zu können. Was aber die negatorische Richtung der Klage betrifft, so stützten die Hallenser ihre abweisende Entscheidung auf den Rechtssatz, daß eine theilweise Ausübung genügt, um eine Servitut in ihrer Totalität gegen das Erlöschen durch Nichtgebrauch zu verwahren.

Der gesammte in der Klage bezeichnete Bezirk bildet nämlich ein einziges Koppelhutungsrevier, auf welchem bis zum Jahre 1806 die Gemeinde und die Gutsherrschaft das Weiderecht auszuüben hatten, jene mit Schafen und Schweinen, diese mit Rindvieh, Schafen und Schweinen. Im Jahre 1806 wurde auf dem Rittergute die Stallfütterung eingeführt. Von der Zeit wurde das Rindvieh des Ritterguts regelmäßig nicht ausgetrieben. Die Rittergutsschafe hingegen kamen nach wie vor auf die Weide. An diese einre-

beweis vom Beklagten aufgestellten, von der Klägerin zugestandenen Thatsachen knüpfte er die Folgerung, daß durch das fortwährende Austreiben der Schafe dem Rittergute die Befugniß zum Austreiben des Rindviehes erhalten worden sei. Die Hallenser, welche, zunächst gestützt auf das Princip der Untheilbarkeit der Servituten, diese Folgerung billigen, sagen unter Anderem: „Nun ist allerdings die Anwendbarkeit dieses ganzen Princips der Untheilbarkeit auf die deutschrechtlichen Servituten, namentlich die Weideservituten nicht selten bestritten und namentlich auch die Möglichkeit einer partiellen Verjährung solcher Servituten behauptet,

Hagemann, Landwirthschaftsrecht S. 282

indessen ist es nicht nöthig, auf die bestrittene Frage hier einzugehen, da man selbst bei der Annahme der Theilbarkeit der Weideservituten doch keineswegs in Fällen, wie der vorliegende, eine partielle Verjährung durch Nichtgebrauch zulassen könnte. Es findet — nämlich bei der partiellen Verjährung theilbarer Servituten jedenfalls ein Unterschied Statt, je nachdem die verschiedenen Befugnisse, von denen ein Theil verjähren soll, nur in einer quantitativen Anhäufung gleichartiger Befugnisse bestehen, oder ob sie verschiedene ungleichartige Befugnisse sind, die als die einzelnen Bestandtheile oder Ausflüsse eines allgemeinen Rechtsbegriffes erscheinen. Im ersteren Falle stehen die einzelnen Theile selbständig nebeneinander, es kann daher die Ausübung eines Theiles nicht als Ausübung für den andern Theil gelten und kann deßhalb dieser für sich durch Nichtgebrauch verloren gehen. Im zweiten Falle stehen dagegen die einzelnen Befugnisse des allgemeinen Rechts nicht selbständig nebeneinander, sondern jede erscheint nur als ein Bestandtheil und Ausübung des allgemeinen Rechts, welches bald in dieser, bald in jener Form ausgeübt wird. So lange daher hier die einzelnen Ausübungen mit dem Willen und in der Absicht, das allgemeine Recht dadurch auszuüben, vorgenommen werden, muß dadurch das allgemeine Recht als solches erhalten und kann daher von einer selbständigen Verjährung der einzelnen unselbständigen Theile keine Rede sein ꝛc. ꝛc." „Daß dem so sei, spricht das römische Recht sehr bestimmt beim Ususfructus, der einzigen theilbaren Servitut, aus ꝛc. ꝛc." Ob nun der Verklagte wirklich ein allgemeines Weiderecht gehabt habe und nicht etwa nur specielle Weiderechte für Schafe, Kühe und Schweine, diese Frage beantworten die Hallenser dahin, daß allerdings ein allgemeines Weiderecht Statt finde, weil die ganze Gemeinde- und ritterschaftliche Flur ein einziges Weiderevier bilde und darauf jedenfalls alles regelmäßig weidbare Vieh, nämlich Horn- und Schafvieh und Schweine weiden dürfen und in der Regel auch jedes Weiderecht als allgemeines gelten müsse. Auch die weitere Frage, ob der Verklagte bei der Beschränkung seiner Weideausübung auf die Schafe geglaubt habe, ein allgemeines Recht zu haben, wird von den Urtheilsverfassern bejaht und zwar aus dem Grunde, weil die Be-

schränkung nur der eingeführten Stallfütterung wegen geschehen sei. Und weil endlich auch eine Verhinderung oder Widerspruch in Betreff der Kühe als nicht geschehen anzusehen ist, indem die Gemeinde einen solchen Widerspruch nicht behauptet, der Verklagte denselben in Abrede gestellt, ohne daß die Gemeinde sich darauf negativ eingelassen hat, so gelangen die Urtheilsverfasser zu dem Resultate, daß die Erfordernisse für die totale Erhaltung eines Weiderechts durch partielle Ausübung hier vollständig vorliegen.

In der zweiten Instanz wurde das Hallenser Erkenntniß von der Juristenfacultät zu Würzburg bestätigt. Die Würzburger finden die Behauptung der Klägerin von der Theilbarkeit der Servituten und der Möglichkeit partieller Verjährung durch Nichtgebrauch entschieden verwerflich. „Es haben zwar einige ältere Schriftsteller diese Ansicht aufgestellt, allein da das Hutungsrecht schon dem römischen Rechte bekannt war, ohne daß dieses bezüglich desselben eine Ausnahme von der regelmäßigen Untheilbarkeit der Servituten machte, da ferner das deutsche Recht eigenthümliche allgemeine Grundsätze über Servituten nicht ausgebildet hat, sondern die römischen zur Anwendung kommen, so nehmen die neueren Germanisten mit Recht in Beziehung auf die Theilbarkeit und partielle Verjährung der Servituten keine gemeinrechtliche Ausnahme vom römischen Rechte an." Die Sententionanten beziehen sich hierbei auf

Eichhorn, Einleitung S. 478.
Gerber, System des deutschen Privatrechts 2. Aufl. S. 339.
Hillebrand, Lehrb. des deutschen Privatrechts S. 224.

Mittheilungen aus der Spruchpraxis des Herzogl. Anhaltischen Oberlandesgerichts zu Dessau.

Vom Herrn Oberlandesgerichtspräsidenten Dr. Sintenis zu Dessau.

(Fortsetzung des S. 357 abgebrochenen Aufsatzes.)

3.

Die Mäkler R., C. und D. im Preußischen waren von Q. in Magdeburg beauftragt, ihm ein Bauergut in dasiger Gegend zum Kauf nachzuweisen, wobei er jenen einen Revers ausgestellt hatte, daß er ihnen 40 Friedrichsd'or zahlen wolle, sobald sie ihm ein solches Gut nachgewiesen haben würden. Nachdem sie dieß erfüllt, hatten sie den Q. vor dem königlich preußischen Kreisgericht zu Magdeburg auf die 40 Friedrichsd'or verklagt, und ein obsiegliches Erkenntniß vom 17. Januar 1851 erhalten, welches die Rechtskraft erlangt hat.

Inzwischen war Q. in das Herzogthum Anhalt-Dessau übergesiedelt. Darauf trat R., dem C. und D. ihre Antheile an der erstrittenen Summe cedirt hatten, beim Kreisgericht D. mit einer Mandatsklage wider Q. auf, des wesentlichen Inhalts:

zufolge des in glaubhafter Ausfertigung mit dem Zeugniß der Rechtskraft beiliegenden Erkenntnisses, sei Q. wie erwähnt zur Zahlung von 40 Friedrichsd'or an ihn und seine Genossen verurtheilt. Er selbst habe wegen seines Drittels den Proceß im Preußischen fortgesetzt. C. und D. hätten ihm dagegen ihre respectiven Drittel, wie eine weitere Originalbeilage, eine Notariatsurkunde vom 7. Mai 1855 besage, cedirt. Da nun Q. auf geschehene Aufforderung ihn wegen der cedirten zwei Drittel auch nicht befriedigt habe, so sehe er sich genöthigt, klagbar zu werden und ein bedingtes Zahlungsmandat zu beantragen.

Das Kreisgericht D. wies jedoch diese Klage durch Decret vom 4. Juni 1854 unter Verweisung auf die unter der vorigen Nummer gedachte landesherrliche Verordnung vom 19. April 1853 zurück, die als ein absolut geltendes, durch Privatwillen nicht auszuschließendes Gesetz erscheine, von dessen Vorschriften der Richter selbst bei Beurtheilung von solchen Rechtsgeschäften, auf welche ihrer Entstehung, den sonst mit denselben verknüpften Umständen nach, eigentlich das Recht eines andern Staates angewendet werden müßte, nicht absehen dürfe;

Savigny, System rc. Bd. I. §. 16.
Sintenis, Civilrecht Bd. I. S. 69.

Aus der Klage so wenig wie aus den ihr beigegebenen Urkunden aber lasse sich ersehen, in wie weit das geklagte Mäkelgeld nach der gedachten Verordnung klagbar sei, indem es an jeder Angabe über den Preis des Kaufes fehle, für den das Mäkelgeld gefordert werde, ein Umstand, der für die gegenwärtige Mandatsklage sogar durch eine öffentliche Urkunde bescheinigt sein müßte.

Zwar stütze sich die Klage hauptsächlich auf ein rechtskräftiges in Preußen gesprochenes Erkenntniß, und nach Art. 2. des Gesetzes Nr. 405., des Staatsvertrags zwischen Anhalt und Preußen über die gegenseitigen Gerichtsbarkeitsverhältnisse, seien die Anhaltischen Gerichte verpflichtet, die in Preußen gesprochenen rechtskräftigen Erkenntnisse zu vollstrecken. Allein im vorliegenden Fall handle es sich nicht um Vollstreckung eines solchen, und außerdem verstehe sich nach der Natur der Sache und Art. 1. des Gesetzes, daß die von einem auswärtigen Richter gesprochenen Erkenntnisse beim inländischen Richter immer nur soweit zur Anerkennung und Geltung kommen könnten, als dieß geschehen würde, wenn das fragliche Erkenntniß von einem andern inländischen Richter ertheilt worden wäre. Wäre nun letzteres der Fall gewesen, so würde es in Anbetracht der gedachten Verordnung weder als Grund-

lage eines Executionsverfahrens, noch von irgend welcher Geltung haben betrachtet werden dürfen.

Die erwähnten beiden Artikel des gedachten Staatsvertrags vom 12. Mai 1853 (der gleichlautend u. A. mit den thüringischen und andern Staaten abgeschlossen worden ist), lauten so:

Art. 1.

„Die Gerichte beider Staaten leisten sich gegenseitig alle diejenige Rechtshülfe, welche sie den Gerichten des Inlandes, nach dessen Gesetzen und Gerichtsverfassung, nicht verweigern dürfen."

Art. 2.

„Die in Civilsachen in dem einen Staat ergangenen und nach dessen Gesetzen vollstreckbaren richterlichen Erkenntnisse, Contumacialbescheide, Agnitionsresolute oder Mandate sollen, wenn sie von einem nach diesem Vertrag als competent anzuerkennenden Gerichte erlassen sind, auch in dem andern Staat an dem dortigen Vermögen des Sachfälligen unweigerlich vollzogen werden."

[Die Fortsetzung des Art. handelt von gerichtlich abgeschlossenen Vergleichen und Wechselerkenntnissen.]

Hierzu kommt noch:

Art. 3.

„Ein von einem zuständigen Gericht gefälltes rechtskräftiges Erkenntniß begründet vor den Gerichten des andern Staates die Einrede des rechtskräftigen Urtheils (exc. rei judicatae) mit denselben Wirkungen, als wenn das Urtheil vom einem Gericht desjenigen Staats, in welchem solche Einrede geltend gemacht wird, gesprochen wäre."

Der aufgetretene Kläger wendete sich hierauf mit Justizbeschwerde an das OLGericht, welches diese für begründet erachtete und durch Rescr. vom 28. Juli 1855 das obgedachte kreisgerichtliche Decret wieder aufhob, und die Einleitung des Verfahrens auf die Mandatsklage anordnete. In der Begründung heißt es:

„Die erhobene Mandatsklage ist nicht auf ein Mäklerlohn gerichtet und hat nicht ein Mäkelgeschäft zur Grundlage, sondern ein Judicat.

Gesetzt der Kläger hätte auf das Mäkelgeld in Gemäßheit der hiesigen landesherrlichen Verordnung vom 19. April 1803 eine neue (zweite) Klage angestellt, so ist es unzweifelhaft, daß der Verklagte ebenso, wie er die exceptio litis (in Preußen) pendentis, wenn der dortige Proceß noch nicht entschieden gewesen wäre, haben würde, auch die exceptio rei (nämlich bereits contra eum) judicatae mit Erfolg vorschützen könnte, um nicht wegen desselben Gegenstandes zweimal in zwei Ländern in Anspruch genommen zu werden.

S. Sintenis, Civilrecht Bd. I. S. 341. Anm. 19.

Dieß erhält aus Art. 3. des Ges. Nr. 405. seine unzweifelhafte Bestätigung.

Der Kläger macht jedoch eine res judicata ex jure cesso geltend, und es fragt sich daher, welcher analoge Gebrauch von dem vorstehenden nicht zu bestreitenden Satze zu machen, oder welche Grundsätze hier zur Anwendung zu bringen seien?

Die über die Rechtskraft und die Vollziehungsfähigkeit der von auswärtigen (deutschen) competenten Gerichten gesprochenen Erkenntnisse bekanntlich bestehende Meinungsverschiedenheit ist bezüglich der gegenseitig von Preußischen und Anhalt-Dessauischen Gerichten gefällten Urtheile durch das Gesetz Nr. 405. abgeschnitten. Denn der Artikel 2. desselben läßt keine andere Auslegung zu, als daß die in Preußen (resp. in Anhalt-Dessau) rechtskräftig abgeurtheilten, also nothwendig (in der Regel) nach Preußischem Recht entschiedenen Puncte bei ihrer Exequirung in Anhalt (resp. in Preußen) nicht einer nochmaligen Contestation unterzogen werden dürfen, sondern als formelles Recht zwischen den Parteien gelten, daß m. a. W. der Anhaltische Richter nicht seine Gesetze auf die nach Preußischem Rechte rechtskräftig entschiedenen Streitpuncte nachträglich anwenden darf.

Wenn dieser Satz als Regel nicht zu beanstanden ist, so kann allerdings die Frage nach der Wirksamkeit der res judicata entstehen, wenn deren Inhalt höheren Rücksichten, sittlichen, religiösen, oder „den Begriffen von Recht und Gerechtigkeit und den Anforderungen der öffentlichen Ordnung, der Sicherheit des Verkehrs und der Sorge für das öconomische Wohl der Bürger, auf welche die Gesetzgebung unseres Staates gebaut ist, geradezu widerspricht," wie

Wächter im Archiv für civil. Praxis Bd. 25. S. 6.

sich ausdrückt. Bei Beantwortung dieser vielfach behandelten Frage,

Ders. a. a. O. Anm. 6.

Mittermaier in dem angef. Archiv Bd. 14. S. 85.

Spangenberg in der Zeitschrift für Civilrecht u. s. w. Bd. 3. S. 427. u. A. m.

darf man indessen, wenn man diese Schriftsteller prüft, nicht außer Acht lassen, daß sie nur in der Rücksicht behandelt ist, „wie weit der inländische Richter auswärtiges Recht bei der Entscheidung auswärts entstandener Rechtsverhältnisse anwenden dürfe," nicht in Hinsicht „auf Vollstreckbarkeit auswärtiger Entscheidungen, wenn diese überhaupt durch Staatsvertrag gesichert ist." Es kann m. a. W. in dem vorliegenden Fall nicht von einer unmittelbaren Anwendung der von jenem Gesichtspunct aus als richtig zu erkennenden Grundsätze die Rede sein, sondern höchstens von einer analogen.

Die in Gemäßheit des Staatsvertrages zwischen Preußen und Anhalt-

Dessau in Art. 2. festgestellte Bestimmung muß nun aber als eine absolute und ausnahmslose anerkannt werden, dergestalt, daß, wenn z. B. in Preußen eine Hazardspielschuld klagbar, eingeklagt und rechtskräftig auf deren Zahlung erkannt wäre, der hiesige Richter das Judicat zur Vollziehung bringen müßte. Im gegenwärtigen weniger schroffen Fall steht indessen die Sache einfach nur folgendergestalt: In den hiesigen Landen ist ebenso wie in Preußen der Mäklervertrag ein Rechtsgeschäft von ganz bündiger Beschaffenheit, allerdings in Nebenpuncten, Form, Höhe des Proxeneticums sehr verschieden, allein diese sind untergeordneter Natur, — accidentalia. Setzen wir z. B. den Fall, es sei in Preußen nicht wie hier [nach derselben Eingangs gedachten Verordnung] erforderlich, den Mäklervertrag schriftlich zu schließen, welcher inländische Richter dürfte aus der Unterlassung dieser Form einen Anstand nehmen? Daß nun möglicher Weise der Procentsatz des Mäklerlohns verschieden ist, muß für ebenso irrelevant gehalten werden, um die Kraft eines preußischen Richterspruchs zu beanstanden, welcher vielleicht höhere als die hier gesetzlichen Procente zugesprochen hat. Es genügt, daß im hiesigen Lande, wie in Preußen, überhaupt ein Proxeneticum gefordert werden darf, ob hier weniger als dort, ist gleichgültig.

Stellt sich nach dem Vorstehenden die Nothwendigkeit einer abändernden Verfügung als Ergebniß von selbst dar, so ist nur noch darauf Rücksicht zu nehmen, daß im Obigen überall von der Vollstreckbarkeit rechtskräftiger Entscheidungen preußischer Gerichte die Rede gewesen ist, wobei man an die Requisitionen der letzteren und an Executionsverfahren zu denken pflegt; auch dürfte hiervon Art. 2. cit. zu verstehen sein. Indessen ist dadurch die Sachlage für die actio judicati so wenig verändert, als diese überhaupt antiquirt ist. Dieselbe ist in der That nichts Anderes, als ein Executionsverfahren in anderer, dem Verklagten sogar weniger beschwerlicher Art.

S. Heffter, Institut. des Civilprocesses, S. 257 ff. bes. S. 261.
Sintenis a. a. O. Bd. I. S. 341.

Die hier angestellte Mandatsklage ist nun nichts weiter, als eine actio ex judicato. Zwar kommt noch eine Cession als Mittelglied hinzu, allein auch diese ändert an der Natur des Judicats nichts Wesentliches insofern, daß dessen in Preußen geschehene Begründung und seine Wirksamkeit einer Bemessung nach hiesigem Rechte unterläge. Es kommt m. a. W. ausschließlich zwischen den Parteien nur noch das Judicat als solches, und außerdem möglicher Weise die Cession zur Contestation, nicht dasjenige Rechtverhältniß, welches dem Rechtsstreit zu Grunde lag, in welchem das Judicat gesprochen worden ist."

4.

In Decis. VI. (publicirt mit den Revidirten Erläuterungen zur Anhalt.

Proceßordnung), betreffend die vom Richter bei Bestätigung gerichtlicher Hypotheken, bezüglich des Verhältnisses zwischen den Hypothekschulden und dem Werth der Grundstücke, bei Vermeidung eigener Verantwortlichkeit, zu beobachtenden Regeln, ist u. A. §. 3. vorgeschrieben:

> Wenn Vormündern für ihre Mündel, oder moralischen Personen und Stiftungen, welchen die Rechte Minderjähriger zustehen, gerichtliche Hypotheken bestellt werden sollen, so darf der Richter nur bis auf den halben Werth des Grundstücks die Hypothekarverschreibung bestätigen; u. s. w.

Durch eine Bescheidung vom 30. Septbr. 1851 hat das OLGericht anerkannt, daß die hier vorgeschriebene Begünstigung nur inländischen Minderjährigen und moralischen Personen als zugestanden betrachtet werden könne, nicht fremdländischen.

Vergl. Wächter, im Archiv für civil. Praxis Bd. 25. S. 181.
Savigny, System rc. Bd. VIII. S. 164.

II.
Vom Fälligkeitstermin eines „jährlichen Auszugs."

In einer Bescheidung vom 10. April 1851, betreffend einen Rechtsstreit um einen „jährlichen Auszug" aus einem Bauergut, hat das OLGericht ausgesprochen,

> daß, wenn für die einzelnen Leistungen eines jährlichen Auszugs keine bestimmten Termine festgesetzt werden, die Zeitbestimmung nicht davon zu verstehen sei, daß dieser Auszug nur jährlich, d. h. einmal und im Ganzen, also erst nach Ablauf des Jahres zusammen, aber freilich auch nicht so, daß er nach Anfang des Jahres sofort gefordert werden könne. Das ganze Verhältniß sei vielmehr vermöge der Natur und des Zweckes der einzelnen Leistungen von der Art, daß für den Zeitpunct ihrer Fälligkeit die Umstände als maßgebend zu betrachten seien, daher es dem richterlichen Ermessen für jeden einzelnen Fall obliege, die Frage zu erwägen, ob und wann im Laufe des Jahres einzelne Forderungen als fällig zu betrachten seien.

III.
Rechtswohlthat der Competenz adlicher Vasallen.

Ein Lehensrittergutsbesitzer, v. D., dem die Revenüen aus dem Gute mit Beschlag belegt worden, um eine beträchtliche Allodialschuld zu decken, wodurch jene auf lange Jahre hinaus in Anspruch genommen waren, erhob Anspruch auf die Rechtswohlthat der Competenz.

Das KGericht Z. wies ihn damit durch Bescheid vom 8. Decbr. 1851

ab, weil die gesetzlichen Erforderniſſe zur Begründung des Gesuchs fehlten, und eine Güterabtretung nicht Statt gefunden habe.

Auf dagegen eingewendete Appellation bestätigte das h. OLGericht diesen Bescheid durch Erkenntniß vom 3. Jan. 1852, und zwar in Betracht:

1) daß zwar einige ältere Rechtslehrer, die überhaupt das beneficium competentiae ex jure tertii anerkennen, den Vasallen und sogar den Adlichen im Allgemeinen diese Rechtswohlthat zugestehen,

Leyser Meditat. ad Pand. Vol. X. spec. 664. med. 34.

und die daselbst angeff. Schriftsteller, zu denen von Neueren kommt Pfeiffer im Rechtslexicon, Bd. VI. S. 488.

2) daß jedoch ein beneficium ex jure tertii weder in der Natur der Sache, noch in den gemeinen Rechten irgend eine Begründung findet, da eine Berechtigung oder eventuelle Verpflichtung eines Dritten auf contractlich festgestellte Rechtsverhältnisse der Contrahenten zum Nachtheil des Gläubigers nicht einwirken kann,

Struben, Rechtl. Bed. Bd. I. Nr. V. §. 2.

Dabelow, Lehre vom Concurs, S. 506 ff.

Schweppe, Röm. Privatrecht §. 395.

Sintenis, Civilrecht Bd. I. S. 166.

3) daß daher der Anspruch des Vasallen auf jene Rechtswohlthat nur in den Ländern anerkannt werden kann, in denen sie particularrechtlich angeordnet worden ist, wie in den von

Struben, a. a. O. Bd. IV. Nr. 69. und

Hagemann, Practische Erört. Bd. VI. Nr. 5.

genannten Ländern;

4) daß ein derartiges particulares Gesetz oder Herkommen in hiesigen Landen nicht existirt, resp. vom Imploranten nicht behauptet oder nachgewiesen ist.

Beiträge zur Lehre von der Fälschung.

Vom Herrn Regierungs- und Justizrath v. Egidy zu Coburg.

Die unten mitgetheilten Erkenntnisse einer Juristenfacultät und zweier Gerichtshöfe Thüringer Staaten, welche letztern sich gegenseitig die zweite Instanz bilden, sollen nicht allein einen Beitrag zur Lehre von dem Verbrechen der Fälschung liefern, sondern zugleich auch darlegen, wie gründlich ausgearbeitete Rechtssprüche der Fortbildung des Rechts förderlich sind und wie durch dieselben sich die Auslegung des Gesetzes nach und nach richtig stellen

wird und dazu beigetragen werden kann, daß endlich alle Gerichtshöfe der Thüringer Staaten, welche ein doch wenigstens im Wesentlichen übereinstimmendes Strafgesetzbuch haben, jedem Artikel eine und dieselbe, gleiche Auslegung geben werden — eine Übereinstimmung oder Rechtsgleichheit, die leider noch sehr zu vermissen ist. Wir glauben daher nichts überflüssiges zu thun, wenn wir nachstehende Erkenntnisse veröffentlichen.

1.

K. war der des Schreibens unkundigen W. ein Darlehn zu 100 fl. schuldig. K. wollte sich dieser Schuld auf betrügerische Weise entledigen und wußte sich zu dem Ende durch falsche Vorspiegelungen die deßfallsige Schuldurkunde zu verschaffen, unter welcher er als Bekenntniß der geleisteten Heimzahlung des Capitals folgende Worte schrieb: „Geschehen den 13. „März 1851. Nach ein Vierteljährlicher Aufkündigung die hundert Gul- „den an die Margareta W., trag ich als Schuldner Friedrich K. die hundert „Gulden und Zinsen richtig ab."

„Welches hiermit selbst bescheinigt †††. Friedrich K. aus U. den 13. „März 1851."

Das Justizcollegium zu Coburg erkannte in erster Instanz[1]) den K. der Fälschung einer Privaturkunde nach Art. 255. des StGB. für schuldig.

Die Juristenfacultät der Universität Gießen, an welche die Acten auf provocatio ad exteros in zweiter Instanz gediehen, entgegnete auf die in der Vertheidigung vorgebrachten Gründe folgendes:

„Bei der fraglichen Handlung des K. müssen zwei Momente unterschieden werden:

1) die Absicht des Handelnden, und

2) die von ihm zur Erreichung derselben angewandte Thätigkeit. Aus den Acten geht hervor, daß der Angeschuldigte die Absicht hatte, sich von der fraglichen Darlehnsschuld zum Nachtheile seiner Gläubigerin, durch Vorspiegelung einer geschehenen Befriedigung derselben, zu liberiren. Mit andern Worten, seine Absicht war eine betrügerische. Er war von seiner Seite thätig, diese Absicht zu vollführen; wäre es ihm gelungen, so würde seine Handlung (abgesehen davon, daß sie — wie weiter unten nachgewiesen werden wird — nach Art. 255. des Strafgesetzbuches als Fälschung erscheint) als einfacher Betrug im Sinne des Art. 236. des StGB. zu bezeichnen gewesen sein.

Aber zum Thatbestande des Betrugs gehört nicht bloß gemeinrechtlich (im Sinne von *Stellionatus*), daß als Erfolg ein Vermögensnachtheil einem Andern zugefügt worden sei,

1) durch Erkenntniß vom 16. April 1851.

Heffter, Lehrb. des Criminalr. (1. Aufl.) §. 394.

Marezoll, das gem. deutsche Criminalr. (2. Ausg.) S. 547 ff.

sondern insbesondere ist dieß Merkmal in sehr viele neuere Strafgesetzgebungen übergegangen.

Häberlin, Grundsätze des Criminalr. nach den neuen deutschen Strafgesetzbüchern Bd. IV. S. 160 ff.

Zweifellos ist dieß Erforderniß jedenfalls nach dem angeführten Art. 236. des StGB., indem hier die Strafe des Betrugs demjenigen angedroht wird,

„wer den Irrthum eines Andern rechtswidrig veranlaßt oder benutzt, „um demselben einen Vermögensnachtheil zuzufügen, und diesen Zweck erreicht." — —

Als vollendetes Verbrechen des Betrugs kann daher die fragliche Handlungsweise keineswegs angesehen werden. Nur könnte gefragt werden, ob sie nicht als Versuch des Betrugs erscheine?

Für die Verneinung der Frage könnte man von folgenden Ansichten ausgehen.

Damit eine Thätigkeit überhaupt als Versuch eines bestimmten Verbrechens erscheine, muß sie gerade auf Hervorbringung desjenigen Erfolges gerichtet gewesen sein, welcher dieses bestimmte Verbrechen characterisirt; alle andern Thätigkeiten sind nur vorbereitende Handlungen. Nun aber gehört zum Thatbestande des Betrugs wesentlich „rechtswidrige Veranlassung oder Benutzung des Irrthums eines Andern, also eine Verletzung der Wahrheit. Der Angeschuldigte ist aber in seinen Handlungen noch nicht bis zu diesem Stadium vorgeschritten gewesen; er hat der Gläubigerin die Schuld hinterher nicht abgeleugnet, er hat eine Zahlung an sie, ihr gegenüber, noch nicht behauptet; ja er hat sogar angefangen seine Schuld an sie abzutragen.

In Beziehung auf den Betrug waren hiernach, wie auch die Vertheidigung hervorhebt, die hier zu beurtheilenden Handlungen nur vorbereitende; diese aber unterliegen als solche nach Art. 27. des StGB. keiner Strafe.

Für die Ansicht, daß ein Versuch des Betrugs schon vorliege, könnte aber angeführt werden, daß die auf listige Art herbeigeführte Übergabe der Urkunde, die nur durch Vorspiegelung eines unwahren Umstandes bewirkt wurde, schon eine rechtswidrige Veranlassung oder Benutzung des Irrthums sei, und zwar zum Nachtheile des Andern.

Allein da im Folgenden nachgewiesen werden wird, daß die in Frage stehende Handlung als vollendete Fälschung erscheine, so ist es gleichgültig,

ob die in Frage kommenden Handlungen als bloße vorbereitende oder als Versuchshandlungen in Beziehung auf Betrug erscheinen.

Diese vorbereitenden oder Versuchshandlungen des Angeschuldigten bestehen

1) in der durch Vorspiegelung bewirkten Aushändigung und in der Zurückhaltung des ihm von der Gläubigerin übergebenen Schuldscheins;
2) in der Abfassung der Schrift, welche eine Quittung auf den Namen der Gläubigerin enthalten sollte.

Sind diese Handlungen als Vorbereitungshandlungen zum Betruge freilich nicht strafbar, so würden sie es der Natur der Sache nach und gemäß des Art. 27. doch sein, wenn sie schon an und für sich als verbrecherische erscheinen.

Die erste dieser Handlungen fällt keinesfalls in diese Kategorie. Zwar hat ein Schuldner, der sich im Besitze der Schuldurkunde befindet, eine rechtliche Vermuthung für sich, daß die Schuld getilgt sei, insofern er nur nachweist, daß der Gläubiger die Schuldurkunde ihm übergeben.

L. 2. §. 1. de pact. II. 14.

L. 14. 15. C. de solut. VIII. 43.

Vermehren in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. XI. S. 262 ff.

Aber das bloße Nichtzurückgeben der zu einem bestimmten Zwecke hingegebenen Urkunde kann doch nicht als criminell strafbar erscheinen.

Die zweite dieser Handlungen hat aber das vorige Urtheil als ein selbständiges Verbrechen, als Fälschung von Privaturkunden, angesehen, und demgemäß die Strafe ausgesprochen. Die Vertheidigung bestreitet die Richtigkeit dieses Urtheils, theils weil gar keine Quittung, also auch nicht eine falsche geschrieben, theils weil höchstens nur eine Fälschung versucht worden sei.

Der erste Vertheidigungsgrund würde als sehr erheblich anzusehen sein, wenn der Angeschuldigte die oben extrahirten Worte auf ein besonderes Blatt Papier geschrieben hättte. Es würde dann die Auslegung der Worte auf manche Schwierigkeiten stoßen, und es würde unzweifelhaft sein, daß im Civilproceß kein Richter ein solches Document als eine recognoscible Urkunde angesehen haben würde.

Der Angeschuldigte hat aber jene Worte auf die Schuldurkunde selbst gesetzt; im Zusammenhange mit dieser wird ihr Sinn ein zweifelloser. Es kann nun nicht die Auslegung, welche die Vertheidigung vorschlägt, daß es nur eine wiederholte Bescheinigung der eigenen Verbindlichkeit sei, als eine natürliche erscheinen. Vielmehr ist ihre Bedeutung offenbar: die Erklärung des Schuldners, daß er die Schuld abgetragen habe.

Freilich ist eine solche Erklärung des Schuldners keine Quittung. Es kommen hier aber noch zwei Umstände hinzu, welche ihr die beweisende Kraft derselben verleihen sollten:

1) Die Beifügung der Worte: „Welches selbst bescheinigt“ mit den drei Kreuzen als Namensunterschrift der Gläubigerin; denn die Urkunde ist eigentlich aus zweien zusammengesetzt: a) der Erklärung des Schuldners, daß er bezahlt habe; b) der Bescheinigung der Gläubigerin selbst, welche durch die Worte: „Welches selbst bescheinigt †††“ angedeutet werden sollte. Diese mit einer neuen Zeile beginnenden Worte sind nämlich nicht auf den unterschriebenen Schuldner, sondern auf die durch drei Kreuze kenntlich gemachte Gläubigerin zu beziehen.

2) Die Zurückhaltung der Schuldurkunde selbst von Seiten des Schuldners.

Der letztere Umstand namentlich, daß der Schuldner im Besitze der Schuldurkunde sich befand, konnte die Wahrscheinlichkeit, daß jene Worte als Quittung gelten können, erhöhen, und so möglicher Weise selbst beim Mangel einer recognoscibeln Unterschrift das Document als ein solches erscheinen lassen, das einer gewissen Beweiskraft fähig wäre.

Darauf kann in Beziehung auf die Frage, ob hier eine criminell-strafbare Handlung überhaupt vorliege? nichts ankommen, wie viel oder wie wenig die beabsichtigte Urkunde hätte beweisen können; es genügt, daß wir finden, daß unter den Umständen, die im concreten Falle vorhanden waren, der fraglichen Urkunde nicht jede Beweiskraft als Quittung abgesprochen werden könne.

Der zweite (eventuelle) Vertheidigungsgrund nimmt an, daß jedenfalls nur ein Versuch der Fälschung vorliege, nicht aber ein vollendetes Verbrechen.

Gehört zum Thatbestande der Fälschung, wie dieß einige Gesetzbücher verlangen, ein gewisser äußerer Erfolg,

Häberlin a. a. O. Bd. IV. S. 214 ff.

so ist natürlich auch ein Versuch der Fälschung denkbar. Ist aber der Begriff dieses Verbrechens so eingeschränkt, wie in den Artt. 252 ff. d. StGB. geschehen ist, daß nur die Handlung des Anfertigens, Verfälschens u. s. w. erforderlich ist, so kann von einem Versuche, der von bloßen Vorbereitungshandlungen verschieden wäre, nicht gesprochen werden, da der Versuch nur da gedacht werden kann, wo die Handlung ohne äußeren Erfolg bleibt.

Marezoll a. a. O. S. 109 ff.

Es ist klar, daß, wo überhaupt kein Versuch gedacht werden kann, auch nicht von einem Versuche mit untauglichen Mitteln die Rede sein darf. Der Vertheidiger verwechselt hier den Versuch des (durch die Fälschung beabsichtigten) Betrugs mit der Vorbereitungshandlung selbst.

Die letztere ist aber eine vollendete Fälschung einer Privaturkunde. Denn die Handlung des K. fällt genau unter die Worte des Art. 255. des StGB.; denn er hat

1) eine falsche Quittung angefertigt und hat auch gewissermaßen
2) eine echte Privaturkunde (die Schuldurkunde) durch einen Zusatz verfälscht.
3) Er hat es auch auf den Namen eines Dritten gethan, da — wie oben erwähnt worden ist — die Worte: „Welches selbst bescheinigt †††" auf die Gläubigerin bezogen werden müssen. [2])"

Mittheilungen aus der auswärtigen Spruchpraxis — Miscellen.

Über die Wirksamkeit der exceptio: „ne praejudicium fiat", gegenüber der familiae erciscundae actio hat das OAGericht zu Celle in einem Erkenntniß vom 14. Dec. 1854 angenommen:

„daß die Erbtheilungsklage, welche von einem angeblichen im Besitz seines Antheils sich nicht befindenden Miterben wider seinen, im Besitz des Nachlasses oder einzelner Stücke aus demselben sich befindenden angeblichen Miterben erhoben worden, zurückgewiesen werden müsse, weil Beklagter dem Kläger das Miterbrecht bestreite, indem regelmäßig mit der Erbtheilungsklage über das Dasein des sie erzeugenden Miterbrechts nicht gestritten werden könne, der deßfallsige Streit vielmehr mittels der Erbschaftsklage ausgefochten und auf diese Weise zu einem Austrag gebracht werden müsse, welcher, seiner rechtskräftigen Bedeutung zufolge, geeignet sei, für oder wider die Zulässigkeit der Erbtheilungsklage eine bündige Vorentscheidung, ein bestimmendes Präjudiz abzugeben (nach L. 1. §. 1. D. familiae ercisc. 10. 2.)."

Mag. für Hannov. Recht Bd. V. S. 271 f.

Die cautio usufructuaria kann weder durch Testament noch auch durch Erbvertrag erlassen werden.

Die Wittwe Kl. war von dem Vormund ihrer minderjährigen Kinder auf Bestellung einer usufructuarischen Caution in Klage genommen worden,

---

2) Die Juristenfacultät bestätigte daher in der Hauptsache das erstinstanzliche Erkenntniß des Justizcollegiums zu Coburg, setzte jedoch die in letzterm ausgesprochene sechsmonatliche Arbeitshausstrafe (aus hier weiter nicht relevirenden Gründen) auf vier Monate Gefängniß herab.

weil sie den ehemännlichen Nachlaß, welcher ihren Kindern erblich angefallen war, zu usufruiren hatte. Sie berief sich auf eine deßfallsige Disposition ihres verstorbenen Ehemannes vom 7. Aug. 1840, in welcher die Bestellung der usufructuarischen Caution ihr erlassen worden war. Die hierüber in der ersten Instanz ertheilte Entscheidung hielt diese Einrede für begründet, weil die Vorschrift in L. 7. C. ut in possess. legator. (6. 54.) wegen ihrer singulären Beschaffenheit stricte zu interpretiren und nach den in den Quellen vorkommenden Stellen nur auf Testamente, nicht aber auf die den Römern unbekannten deutschrechtlichen Erbverträge anzuwenden sei. Das OAGericht zu Celle, an welches diese Sache im Wege der Berufung gedieh, reprobirte diese Ansicht (Erk. vom 25. April 1854) aus folgenden Gründen: „In Erwägung, daß der Anspruch der klägerischen Curanden als der Proprietare des in Rede stehenden Nachlasses wider die Beklagte als Nutznießerin auf Leistung der usufructuarischen Caution in den Rechten begründet und durch die Berufung der Beklagten auf den im §. 2. der Disposition vom 7. Aug. 1840 von dem weiland Vater der Curanden angeordneten Erlaß der usufructuarischen Caution nicht elidirt ist, weil die analoge Anwendung der Vorschrift des römischen Rechts, welcher zufolge diese Caution von demjenigen, welcher einem Anderen in seinem letzten Willen den Nießbrauch an einer Sache verleiht, wirksamer Weise nicht erlassen werden kann, allerdings auf die hier in Frage stehende letztwillige Disposition um so zulässiger erscheint, als das römische Recht den Widerspruch nicht hat dulden wollen, daß der letztere, der dem Legatar doch nur den Nießbrauch zugetheilt, dennoch eine Verfügung solle treffen können, durch welche dem Erben das ihm vorbehaltene Recht unsicher gemacht würde, und daß der Testator einem Recht entsage, welches nicht ihm, sondern seinem künftigen Erben zusteht, und diese ratio legis bei allen letztwilligen Dispositionen, also auch bei der hier fraglichen zutrifft."

Bd. V. S. 140. f. d. Magazin für Hannover. Recht.

Correspondenz. (Fortsetzung.) 26) Von H. in C. Die übersendete Schrift wird in d. Bl. besprochen werden. — 27) Von G. in Z.: Über Domicil-Wechsel. — 28) Von L. in G.: Rechtsfall mit Erörterung der Frage: Kann Jemand, welcher vor Vollendung seines zwölften Lebensjahres eine Sache gestohlen, dieselbe aber erst nach zurückgelegtem zwölften Jahr in seinen Nutzen verwendet hat, wegen Veruntreuung bestraft werden? Wird besonders beantwortet werden. — 29) Von v. H. in W.: Über das Erbrecht unehelicher Kinder. — 30) Von S. in D.: Internationalrechtliche Fragen. — 31) Von S. in G.: Über das Zaunrecht.

Druck und Verlag von Fr. Frommann in Jena.

Blätter für Rechtspflege
in Thüringen und Anhalt

unter Mitwirkung der Herren

Dr. G. Emminghaus, Dr. Heerwart, Dr. Heimbach, Reinhold Schmid,

Gh. R.-Rath in Weimar. Gh. JR. in Eisenach. OAGRath in Jena. KGAssessor in Weimar.

herausgegeben von

Dr. J. Chr. Hotzel,

OAGRath in Jena.

Zweiter Band.

1855. Preis des Jahrgangs 2 Thlr. 20 sgr. **Nro. 12.**

Abhandlungen über practische Rechtsmaterien.

Vom Voraus der erstehelichen Kinder nach Coburger Recht.

Vom Herrn Justizamts-Commissär Fleischmann in Coburg*).

Vorbemerkung.

Wenn in dem nachfolgenden Aufsatz eine Darstellung der Lehre vom Voraus der erstehelichen Kinder, wie er im Herzogthum Coburg vorkommt, und eine Erörterung über die rechtliche Natur dieses Institutes zu geben versucht wird, so mag darin zugleich auch eine Anregung zur Behandlung desselben Stoffes aus anderen Gegenden der sächsischen Herzogthümer liegen. Auf solchem Wege wäre es möglich, diese practisch wichtige Materie für eine künftige hierauf bezügliche Gesetzgebung vorzubereiten.

Es kann hier nicht die Aufgabe sein, aus den über den Voraus vorhandenen particularrechtlichen Quellen die wahre Gestaltung des Instituts zu

*) Gegen die Richtigkeit und Vollständigkeit der Definition des Vorauses, so wie gegen einige andere Sätze dieser Abhandlung dürfte wohl Manches zu erinnern sein. Dennoch erschien sie der Redaction als beachtungswerther Beitrag für diese Blätter schon deßhalb, weil sie Zeugniß giebt von der dermaligen Praxis über dieses rein particularrechtliche Institut. Die Red.

erforschen, — der Zweck der gegenwärtigen Erörterung ist vielmehr zunächst darauf gerichtet, aus den factischen Erscheinungen des Vorauses in der Praxis auf seine rechtliche Natur zurückzuschließen, seinen Entstehungsgrund zu ermitteln und so einen unmittelbar aus dem Rechtsleben selbst entnommenen Beitrag zur näheren Characterisirung dieses Rechtsinstituts zu liefern.

§. 1.
Begriff des Vorauses.

Man versteht unter Voraus im Allgemeinen dasjenige, was ein oder mehrere Theilhaber an einer einst zur Theilung kommenden Vermögensmasse vor der Theilung aus der Masse zugewiesen erhalten. Diese Zuwendung ist also nicht Gegenstand der Theilung, sondern sie characterisirt sich gewöhnlich als eine Abfindung für gewisse Ansprüche, die den Betheiligten noch außer ihrer Theilungsquote zustehen. Erst nach Berichtigung dieses Vorauses erfolgt die eigentliche Theilung nach dem im einzelnen Fall geltenden Maßstab. In dieser Gestalt und zwar regelmäßig als Abfindung für gewisse Ansprüche kommt der Voraus der erstehelichen Kinder vor. Stirbt nämlich ein Ehegatte, so sind nach hiesigem Intestaterbrecht der überlebende Ehegatte und die leiblichen Kinder die nächstberufenen Erben, doch hat der Überlebende den vollen, unbeschränkten Nießbrauch am gesammten vererbten Vermögen; außerdem steht ihm noch als Eigenthum ein Kindestheil daran zu und Eigenthümer des Übrigen sind eben die Kinder. Schreitet der Überlebende zu einer zweiten Ehe, so pflegt man bei den zu errichtenden Ehepacten, es mag nun Einkindschaft eingegangen werden oder nicht, zu bestimmen, daß die erstehelichen Kinder für ihre Erbansprüche am Vermögen des verstorbenen Ehegatten bei ihrer Volljährigkeit oder bei Errichtung eigener Wirthschaft oder erst bei eintretender Grundtheilung, resp. beim Ableben des parens binubus einen bestimmten Betrag oder gewisse Gegenstände abgewährt erhalten und daß erst, wenn dieß geschehen, die zur Theilung Berufenen, wozu die erstehelichen Kinder auch gewöhnlich wieder mit gehören, die Theilung selbst vornehmen sollen. Diese Geldbeträge oder anderen bestimmten Gegenstände sind eben der Voraus der erstehelichen Kinder. Als Folge dieser Vorausbestellung pflegt je nach den Vermögensverhältnissen des einzelnen Falles wohl auch den zu erwartenden Kindern zweiter Ehe bezüglich des Vermögens des zweiten Ehegatten ein Voraus bestellt zu werden. Ebenso gehören dem Namen nach hierher die vertragsmäßigen Vorbehalte gewisser Vermögenstheile von Seiten eines Ehegatten. Aber irgend eine rechtliche Basis haben diese sogenannten Vorause gar nicht und sie unterscheiden sich wesentlich von dem Voraus der erstehelichen Kinder dadurch, daß durch letzteren wirklich vorhandene Ansprüche berücksichtigt werden, die durch das Erbrecht der Kinder mit dem Tode des verstorbenen Ehegatten ihre rechtliche Entstehung schon erhalten, daß ferner die Vorause der erstehelichen Kinder auch einen gesetz-

lichen Grund in den Coburger Statuten haben und daß endlich, wenn sie auch stets durch einen Ehevertrag normirt werden müssen, dennoch dieser Vertrag nicht nach Willkühr abgefaßt werden kann, sondern eine Vorausbestellung enthalten muß. Dagegen haben die zweitehelichen Kinder noch gar keine Rechte am Vermögen ihrer Eltern, ein jus quaesitum, wie das Erbrecht der erstehelichen, ist für sie nirgends vorhanden. Gewöhnlich concurriren solche Vorausbestellungen mit Einkindschaftsverträgen und dann pflegt man sie damit zu motiviren, daß man annimmt: wenn der zweite Ehegatte sein Vermögen in die Gemeinschaft der neuen Ehe einwerfe und dadurch den erstehelichen Kindern ein Erbrecht daran gestatte, so sei es billig, daß dagegen den künftigen leiblichen Kindern des zweiten Ehegatten eine Berücksichtigung durch einen Voraus am Vermögen des zweiten Ehegatten zu Theil werde. Obgleich die Billigkeit dieser Ansicht namentlich dann nicht geleugnet werden kann, wenn die erstehelichen Kinder am Vermögen des zweiten Ehegatten Erbrechte erwerben, so ist doch klar, daß diese sog. Vorause, sowie die Vermögensvorbehalte eines Ehegatten lediglich der Willkühr der Contrahenten zu überlassen sein werden. Ein solcher sog. Voraus ist es, den man in Rößlers Decisionen (s. unten) Sect. II. dec. VI. 2. erwähnt findet.

Der Voraus kann aber auch seinen Grund in preisgegebenen **künftigen** Ansprüchen der erstehelichen Kinder haben und nicht nur in deren schon vorhandenem Erbrecht.

§. 2.

Rechtsquellen über den Voraus.

Unsere Gesetzgebung enthält über den Voraus der erstehelichen Kinder gar nichts, sondern die eigentliche Rechtsquelle liegt in den Coburger sog. alten Statuten, welche das namentlich durch die städtische Autonomie geschaffene oder angenommene Recht enthalten, wie dasselbe von dem Stadtsyndicus Dr. Chr. **Güntzel** im Jahr 1651 aufs neue redigirt worden ist. Die einschlägigen Stellen sind folgende:

Art. 14. §. 1. „Wenn zwei Eheleute über Jahr und Tag vom ehelichen Beilager anzurechnen im Ehestand beisammen gewohnet, so erbt eins das andere in allen und jeden Gütern, wo sie keine Kinder überkommen, es sterbe eins vom andern über kurz oder lang und werden alle und jede Blutsfreunde, auch des Verstorbenen Eltern, von dem überlebenden Ehemenschen ganz und gar ausgeschlossen rc. .... Haben sie aber Kinder, so wird des verstorbenen Ehemenschen Verlassenschaft, darzu das Überlebende sein Eingebrachtes conferiren und einwerfen muß, in die Hauptteile vertheilt, und heißet, so manch Mund, so manch Pfund, doch hat das überlebende Ehemensch die proprietaet (puto usumfructum) davon sein Lebenlang. Aber doch unverändert."

§. 2. „Verheirathet sich das überlebende Ehemensch wieder, ist's der Mann, so ist er seinen Kindern nach Gelegenheit und Quantität der zugebrachten mütterlichen Güter einen Voraus zu machen schuldig und zum wenigsten so viel, daß den Kindern von der Mutter Einbringen die Legitima bevor und salva sei. Doch hat er an dem Voraus den Usumfructum und Besitz sein Lebenlang und wird den Kindern solcher Voraus eher nicht, denn nach seinem Absterben von gemeiner Erbschaft gereichet, ungeachtet, ob der Kinder eins oder mehr, so er in erster Ehe erzeuget, ehelich würden, denn auf solchem Fall ist er ihnen mehr nicht, als väterliche Hülfe mitzutheilen schuldig."

§. 3. „Es ist aber die Legitima, wie in allgemeinen beschriebenen kayserlichen Rechten, also auch dem Stadtbrauch nach: wenn der Kinder vier oder darunter sein, der dritte Theil, wenn aber fünf Kinder oder darüber, der halbe Theil der Güter."

§. 4. „Mit dem Weibe aber wird es in etlichen anders gehalten, denn wenn sie den Mann überlebet, solang sie in unverrucktem Wittwenstand bleibet, so hat sie zwar gleichfalls die proprietæt und Eigenthum an solchen Gütern und können ihr die Kinder nichts absordern, denn die Hochzeithülfe, sobald sie aber sich anderweit verehelichet, muß sie ebenmäßig wie obvermeldt den Kindern von des vorigen Mannes Einbringen und Gütern einen billigen Voraus machen, daß den Kindern zum wenigsten die Legitima zuvor und salva sei."

Die ebenfalls hierher gehörigen betreffenden Stellen der Rößlerschen Decisionen werden zweckmäßiger im Lauf der folgenden Darstellung eingeschaltet werden. Das römische Recht kann selbstverständlich hier keine Quellen bieten; bei seinem Dotalsystem und seinem Erbrecht ist auch der Begriff eines Vorauses der ersteheliche Kinder gar nicht denkbar und der nach römischem Recht den sich wieder verheirathenden Ehegatten treffende Verlust des Eigenthums der sog. lucra prioris matrimonii zu Gunsten der ersteheliche Kinder beruht bekanntlich auf ganz anderen Motiven und hat mit unserem Voraus nichts zu schaffen. Dieser ist vielmehr ein rein deutschrechtliches Institut und sein innerer Grund liegt im System der deutschen allgemeinen resp. fortgesetzten Gütergemeinschaft und der Einkindschaft. Zu untersuchen, welche Gütergemeinschaft jetzt im Herzogthum Coburg gilt, ist hier nicht unsere Aufgabe. Nach der allgemeinsten Ansicht haben wir bloß eine Gemeinschaft der Errungenschaft, die mit den Kindern fortgesetzt wird. Vertragsmäßig werden aber die Vermögensmassen der Eheleute gewöhnlich zu einem gemengten Gut zusammengeworfen und dadurch eine Gemeinschaft gebildet, die der allgemeinen Gütergemeinschaft vollkommen gleich stände, wenn nicht die Frau das Repetitionsrecht der Illaten im Concurs hätte, was ihr durch die Ernest. Proc. Ordn. seit ihrer Einführung quoad materialia im Jahr 1808 ausdrücklich eingeräumt worden ist. Zur Zeit unserer Statuten

(d. h. nicht zur Zeit, wo sie redigirt wurden, sondern als sich das in ihnen niedergelegte Gewohnheitsrecht ausgebildet hatte) scheint allgemeine und fortgesetzte Gütergemeinschaft bestanden zu haben, wie sie sich auch noch in einigen ehemals Hildburghausischen Ortschaften entschieden rein erhalten hat und gesetzlich anerkannt worden ist,

vgl. VO. der Herzogin-Wittwe Caroline von Hildburghausen v. 30. Jan. 1747 §. 17.

Eine Begründung dieser Ansicht zu liefern, führt aber hier zu weit; es mag genügen, auf die Andeutungen der Statuten selbst in dem oben mitgetheilten §. 1. des Art. 14. und auf eine in den gewöhnlichen Ausgaben der hiesigen Statuten (1818) ersichtliche Abhandlung: „Versuch einer historischen Entwickelung der Theorie der Gütergemeinschaft unter Eheleuten in der Pflege Coburg" zu verweisen.

§. 3.

Verschiedenheit der Fälle des Vorauses.

War die Gütergemeinschaft der ersten Ehe mit den Kindern fortgesetzt worden, so standen diese zu ihrem parens, namentlich wenn es der Vater war, in einem ganz ähnlichen Verhältniß, wie der verstorbene Ehegatte. Das Verhältniß dieser Gemeinschaft kann ohne Nachtheil der Kinder nicht mit der Vermögens-Gemeinschaft der zweiten Ehe vermischt werden, sondern zuvor verlangen die Rechte der Kinder genaue Regulirung; die Gemeinschaft, in der sie mit dem sich wieder verheirathenden parens standen, muß gelöst und sie müssen so gestellt werden, daß sie bezüglich ihrer Erbverhältnisse gegen den verstorbenen parens mit bestimmten Rechten in die Gemeinschaft der zweiten Ehe eintreten können. Zu diesem Zweck eine materielle Abschichtung mit den Kindern zu verlangen, liegt aber gewöhnlich nicht einmal im Interesse der letzteren; man fand es den Bedürfnissen des bürgerlichen und namentlich gewerblichen Lebens weit angemessener, den überlebenden Ehegatten mit dem ganzen Vermögen auch in der zweiten Ehe fortwirthschaften zu lassen, um dasselbe womöglich auch für die Kinder noch zu vergrößern. Wohl aber hält es die deutsche Rechtsanschauung noch außer diesen Rechtsgründen in Erwägung der oft schwierigen persönlichen Verhältnisse, in welche die erstehelichen Kinder zum Stiefparens treten, für billig, den auf dem oben erörterten Erbrecht derselben beruhenden, bereits vorhandenen und erworbenen Ansprüchen am Vermögen des verstorbenen parens dadurch Anerkennung und Sicherstellung zu verschaffen, daß man ihnen einen nach der Größe dieses Vermögens abzuwägenden Voraus bestellte.

Hieraus ergiebt sich, daß die Vorausbestellung nothwendig ist, auch wenn kein Einkindschaftsvertrag in den Ehepacten mit zum Abschluß kommt.

Wird ein Einkindschaftsvertrag eingegangen, so treten andere Rücksichten hervor. Denn nun soll den Kindern erster Ehe auch Entschädigung für

ihre preisgegebenen künftigen Erbrechte geleistet werden. Deßgleichen werden hier auch den unehelichen Kindern Vorause gesetzt, wenn nicht die natürlichen Eltern sich heirathen, sondern die natürliche Mutter mit einem Dritten eine Ehe eingeht, namentlich wenn sie Vermögen hat und einen Wittwer heirathet, dessen ersteheliche Kinder einen Voraus bestellt bekommen.

Die Einkindschaft beruht nach gemeinem Recht bekanntlich auf dem Bestreben, die bei Eingehung einer zweiten Ehe gemeinrechtliche nothwendige Vermögensabschichtung zu vermeiden. Nach hiesigem Particularrecht ist diese Abschichtung nicht nöthig und der Zweck der dennoch sehr häufig vorkommenden Einkindschaft liegt darin, daß man gerne die Schwierigkeiten vermeidet, die mit einer dereinstigen Vermögensauseinandersetzung verbunden sein würden, wenn dabei die von den verschiedenen Ehegatten zusammengebrachten resp. erworbenen Vermögensmassen besonders berechnet und je nach besonderen Grundsätzen unter die Interessenten vertheilt werden sollten. Man opfert diese Abschichtung den größeren Vortheilen eines innigeren Familienverbandes und eines ungetheilten Vermögensbestandes, wie sie durch die Einkindschaft hervorgebracht werden, indem sie die Fiction eintreten läßt, daß die zusammengebrachten und die in der zweiten Ehe erzeugt werdenden Kinder in natürlicher und erbrechtlicher Beziehung ganz wie Kinder eines und desselben Ehepaares angesehen werden sollen. Hieraus folgt, daß die Kinder der einen Ehe, auch wenn deren verstorbener parens ein größeres Vermögen besaß als der neu hereinheirathende Ehegatte, die dereinstige Mitvertheilung unter die Kinder der anderen Ehe resp. zugebrachten Kinder geschehen lassen müssen.

Aber auch der zur zweiten Ehe schreitende parens selbst kann ein bedeutenderes Vermögen besitzen als der neue Ehegatte, und dann bringen die Kinder ihre größeren Erbschaftshoffnungen zum Opfer, wenn sie mit zugebrachten oder künftigen Kindern theilen müssen, selbst wenn ihnen ihre Ansprüche am Vermögen ihres verstorbenen parens gesichert sind. Gerade in diesem Opfer liegt der Grund, warum den Kindern noch außer wegen ihres Erbrechts gegen den verstorbenen Ehegatten ein Voraus gesetzt oder wenigstens bei Bestimmung der Voraussumme darauf Rücksicht genommen zu werden pflegt. Hierfür geben unsere Statuten gar keinen gesetzlichen Anhaltspunct und fehlt es uns auch sonst an allen gesetzlichen Bestimmungen.

Endlich muß hier noch des Falls gedacht werden, wenn bei Eingehung der zweiten Ehe die Eltern des verstorbenen parens noch leben, also die erstehelichen Kinder ihre Großeltern noch zu beerben haben. Hier pflegt in den Ehepacten gewöhnlich bestimmt zu werden, daß den Kindern das ihnen dorther anfallende Vermögen zum Voraus gesetzt sein solle. Sogar wenn vor Schließung einer zweiten Ehe dieser Erbfall schon eingetreten ist, wird die ihnen schon angefallene Erbschaft als Voraus der Kinder bezeichnet.

Aus den bisherigen Erörterungen ergiebt sich aber wohl zur Genüge, daß von einem Voraus hier nicht die Rede sein kann; denn was die erstehelichen

Kinder schon haben, oder was ihnen allein dereinst anfallen muß und gar nicht zur Vermögensmasse der Eltern gezogen werden kann, ist von Anfang an ein Separatvermögen der Kinder und nicht Gegenstand eines Vorauses. Nur wenn bei Eingehung des Einkindschaftsvertrages die Großeltern oder sonstige Ascendenten sich als Contrahenten betheiligen und die zugebrachten oder zu erwartenden Kinder auch als ihre rechten Enkel annehmen zu wollen erklären, so daß diese auch gegen jene Ascendenten Erbrechte erwarben und ihr Vermögen nach ihrem Tode also nicht mehr allein auf die ersteheliche Kinder vererbt wird, kann gesagt werden, daß diesen ihr großelterlicher Erbtheil als Entschädigung ganz oder theilweise zum Voraus zu bestellen sei. Hiernach hat der Richter ausreichende Anhaltspuncte, um beurtheilen zu können, wann überhaupt eine Vorausbestellung nöthig ist.

§. 4.

Größe des Vorauses.

Sehr schwierig ist es jedoch, den Maßstab zu finden, nach welchem die Größe des Vorauses bemessen werden muß. Die hiesigen Statuten fordern als Voraus mindestens die legitima aus dem eingebrachten Vermögen des verstorbenen parens. Diesem gegenüber steht eine sehr verbreitete Ansicht der hiesigen Praxis, daß besonders darauf zu sehen sei, in welchem Alter die Kinder stehen und daß, je bedeutender der Erziehungsaufwand, den sie noch in Anspruch nehmen, desto geringer der Voraus sein, ja daß sogar in gewissen Fällen von jeglicher Vorausbestellung abgesehen werden dürfe. Diese Ansicht hat in den Gerichten des hiesigen Herzogthums fast mehr Geltung als die erwähnte Bestimmung der Statuten, was in einer freilich nicht zu rechtfertigenden Nachsicht für einen weitverbreiteten Widerwillen, Vorause zu bestellen, seinen Grund findet. Eine rechtliche Basis fehlt dieser Praxis dann gänzlich, wenn der Erbtheil der Kinder am Vermögen des verstorbenen Ehegatten so groß ist, daß die Erziehungskosten aus dessen Abwurf bestritten werden können. In solchen Fällen wird sich fast immer die Bestellung des ganzen Erbtheils zum Voraus rechtfertigen; denn da dem parens binubus an dem Voraus der Kinder mindestens bis zu ihrer Volljährigkeit oder Errichtung eigener Wirthschaft, also während der Zeit, wo die meisten Erziehungskosten erwachsen, der Nießbrauch am ganzen Eingebrachten des verstorbenen Ehegatten zusteht, so werden ja aus dem Abwurf des eigentlich laut Erbrechts den Kindern zustehenden Vermögens die Erziehungskosten bestritten, so daß sie den Erbtheil des Überlebenden gar nicht belasten und demnach auf die Höhe des Vorauses keinen Einfluß mehr üben dürfen. Erfordern freilich die Erziehungskosten voraussichtlich Capitalaufwand, so wäre es unbillig, dieß bei der Vorausbestellung nicht zu berücksichtigen, denn dieser Capitalaufwand soll weder ganz auf Rechnung der Kinder, noch ganz auf Rechnung der Eltern gemacht werden, und für diesen Fall wird die Vorschrift der Statuten maß-

gebend, wonach den Kindern erster Ehe jedenfalls so viel Voraus zu machen ist, daß ihnen vom Vermögen des verstorbenen parens die legitima bevor und salva sei. Es ist also die Regel, daß die Kinder zunächst von ihrem eigenen Vermögen alimentirt und erzogen werden müssen, da, wo sie überhaupt Anwendung leidet, insofern beschränkt, daß, sobald dazu die legitima angegriffen werden müssen, die Verbindlichkeit der Eltern eintritt, jenen Aufwand aus ihrem Vermögen mit zu bestreiten [1]).

Es liegt hier der Gedanke nahe, daß irgend eine Grundlage vorhanden sein müsse, auf welche hin man die Größe des Eingebrachten des Verstorbenen bemessen und daß dieselbe am besten durch ein Inventar geboten werden könne, welches bei Eingehung einer zweiten Ehe vom parens binubus bezüglich jenes Eingebrachten zu errichten und etwa eidlich zu bekräftigen sei. Unsere particulare Gesetzgebung kennt aber irgend eine solche Verpflichtung eben so wenig als unser Gewohnheitsrecht und unsere Praxis. Unser Particularrecht spricht sich sogar direct gegen eine Inventarisirung aus; in einem Bericht des Coburger Stadtrathes vom Jahr 1658 kommt vor: Es sei bei der Stadt Coburg nie erhört worden, daß die Eheweiber bei Absterben des Ehegatten ein Inventar über die sämmtliche Verlassenschaft des Mannes hätten aufrichten müssen, obgleich ihnen von etlichen Advocaten solches sei angemuthet worden.

Vorrede zur Ausgabe der Coburger Statuten von Ortloff S. XVIII. Der den Voraus prüfende Richter hat also hier gar keinen sicheren Behelf und sich lediglich auf die ihm mitgetheilt werdenden Angaben, auf die den Vormündern muthmaßlich inwohnende Kenntniß der Verhältnisse und auf actenmäßige Erbschaftsauseinandersetzungen zu stützen, die das Vermögen des verstorbenen Ehegatten betreffen und dem Richter häufig zugänglich sein werden.

In Rücksicht auf die Berechnung des Vorauses ist aber noch ein wesentlicher Punct zu erörtern. Die Statuten lassen nämlich aus ihrem Wortlaut schließen, daß der Voraus nur in Rücksicht auf das Eingebrachte des verstorbenen parens zu bestellen sei. Unsere constante Praxis versteht hierunter nicht bloß die dos, sondern auch das Paraphernalvermögen, über-

1) Vor Redaction der Statuten scheint das Princip aufrecht erhalten worden zu sein, daß der Voraus dem Vermögen des verstorbenen Ehegatten möglichst gleich gemacht werden müsse. Hierfür spricht: *J. B. Roessleri* decisiones in Sect. II. decis. V. 2., ein Buch, welches trotz seiner System- und Planlosigkeit im Coburgischen viel Ansehen genießt, weil es das einzige ist, welches ein Bild der älteren Rechtsansichten und Auffassung des Gewohnheitsrechtes dadurch zu geben sucht, daß es eine große Anzahl Rechtsfragen aus dem Gebiete des Erbrechts mit Zugrundlegung wirklich im Herzogthum Coburg vorgekommener und entschiedener Fälle gesammelt, Gründe und Gegengründe, freilich in buntem Wirrwarr, beigefügt und das responsum selbst angehängt hat. Die erwähnte decisio V. lautet: „Quantitas praecipui bona a parente praemortuo importata *non modo adaequare*, sed et excedere potest, nisi aliud consuetudine vel statuto introductum esse probetur.“

haupt Alles, was der verstorbene Ehegatte an Vermögen besaß. Die Note des rc. Güntzel (s. oben) zu dieser Stelle:

„Hinc sequi videtur, patrem saltem de bonis importatis praecipuum „constituere obstrictum esse, non vero de quaesitis constante matri„monio; sed quia jure nostro consuetudinario dimidium bonorum „acquisitorum ad matrem pertinet [2]) — concludendum erit, liberis „quoque ratione acquisitorum praecipuum esse constituendum"

spricht jedoch von einer Praxis, wonach der Voraus auch aus dem in der Ehe errungenen Vermögen bestellt werden müsse, weil ja der verstorbene Ehegatte ein Recht auf die halbe Errungenschaft habe und bei seinem Tode dieß auf seine Kinder vererbe. Diese Ansicht empfiehlt sich vor allem durch ihre logische Richtigkeit; denn wenn die erstehelichen Kinder wegen ihres Erbtheils entschädigt werden sollen, der ihnen beim Tode des ersten Ehegatten zugefallen, so muß offenbar der dem letzteren eigenthümlich zugehört habende Errungenschaftsantheil mit in Erwägung gezogen werden, wenn die Größe des Vorauses berechnet werden soll. Statt dieß festzuhalten, giebt aber rc. Rößler eine decisio (Sect. II. dec. VIII.), die hier speciell mitgetheilt werden soll, weil sie den wissenschaftlichen Standpunct seines Buches sehr gut bezeichnet. Er sagt: Decisio VIII: Liberis diversi matrimonii ultra praecipuum rite constitutum ad partem bonorum constante matrimonio acquisitorum, *nulla amplius competit actio*. Der Rechtsfall (causa) ist folgender: Filius mortua Bertha uxore, ad secunda vota progressus, liberis cum Bertha procreatis loco maternorum assignat 1400 in praecipuum. Postea liberi ultra hoc praetendunt partem acquisitorum e priori matrimonio matri defunctae ex capite communionis bonorum competentem. Quaeritur, an juste? Nun folgt das responsum, also die Entscheidung der Frage:

„Auf eure an uns gethane Frage rc. Wenn gleich die in eurer Frage angezogene communio bonorum constante matrimonio acquisitorum unter Eheleuten auch von dem Eigenthum solcher Güter verstanden werden mag, daher ihr meynet, die von euch benannte Bertha habe ihre Helft der in wehrender Ehe nebem ihrem Mann Titio erworbenen Güter auf ihre Kinder verfället, dieweil ihr aber selbst berichtet, daß Titius bey seiner andern Verehelichung, denen mit Bertha erzeugten Kindern anstatt deren Einbringen und Acquisiten an gesammten Gut 1400 fl. zum Voraus verordnet und nicht zu vermerken, daß solche dispositio der Requisiten halben angefochten wird, als bleibt es daher und aus andern Ursachen, dabey allenthalben billig, und die Kinder erster Ehe, oder der in eurer Frage gleichfalls angedeutete Toch-

2) Man darf hierin keinen Grund gegen die oben ausgesprochene Ansicht finden, daß zur Zeit der Statuten allgemeine Gütergemeinschaft bestanden habe; als sie redigirt wurden, begann schon das eheliche Güterrecht sich mehr auf die Errungenschaftsgemeinschaft zu beschränken.

termann Sempronius anstatt seines Weibes und Kindes ist über seinen Antheil Voranses ein mehreres zu fordern nicht befugt. V. R. W."

Das Responsum ist von 1632. Der Kern dieser ganzen Sache ist zwar, daß auf die Errungenschaft bei der Vorausbestellung Rücksicht genommen werden müsse, denn das Responsum nimmt ja an, daß es geschehen sei. Statt nun diese Hauptsache hervorzuheben und in scharfer Weise mit einer decisio auszudrücken, auch dafür eine causa und ein responsum, deren er gewiß gefunden haben würde, beizufügen, sagt er uns, woran Niemandem zu zweifeln einfällt, daß eine Klage auf einen Theil der Errungenschaft des verstorbenen Ehegatten nicht mehr stattfinde, wenn der Voraus rite bestellt sei, d. h. wenn der Vertrag, durch den er errichtet worden, alle nöthigen Requisiten enthält. Bezieht man aber das rite nur auf die formellen Erfordernisse des Vertrags, so ist nicht einmal die decisio VIII. richtig; denn offenbar sind die Vormünder, welche eine Benachtheiligung der Kinder an ihrem Antheil an der Errungenschaft geschehen ließen, also ein materielles Erforderniß des Vertrags bei Seite setzten, regreßpflichtig. Übrigens widerspricht der Behauptung, daß der Errungenschaftsantheil des verstorbenen Ehegatten bei der Constituirung des Vorauses mit berücksichtigt werden müsse, der entgegenstehende Wortlaut der Statuten keineswegs, wenn man erwägt, daß die von einer Privatperson und nicht von der gesetzgebenden Gewalt ausgegangene Aufzeichnung des Gewohnheitsrechts nicht dem gebietenden Wort eines positiven Gesetzes gleichzuachten ist, daß vielmehr alle solche Aufzeichnungen in ihrer Einzelheit immer nur mit Rücksichtnahme auf die allgemeinen Rechtsnormen aufgefaßt werden müssen, unter welchen sie stehen, und dieß ist im vorliegenden Fall die Gütergemeinschaft unter Eheleuten.

Von entschiedenem Einfluß auf die Größe des Vorauses ist der Einkindschaftsvertrag, wie wir oben schon ausgeführt haben. Hat also der Richter geprüft, ob der Voraus bezüglich der schon vorhandenen Rechte der ersteheliche Kinder durch Berücksichtigung des Eingebrachten und des Errungenschaftsantheils des verstorbenen Ehegatten die gehörige Höhe hat, so hat er bei vorliegendem Einkindschaftsvertrag weiter zu untersuchen, ob auch die dadurch von den erstehelichen Kindern preisgegebenen künftigen Rechte und Erbschaftshoffnungen noch außer den schon vorhandenen Ansprüchen derselben billige Berücksichtigung gefunden haben. Daß dabei die Größe des Vermögens des zweiten Ehegatten einen hauptsächlichen Maßstab abgiebt, versteht sich zwar von selbst, dennoch aber bleibt hier mehr wie irgendwo im Gebiet der nicht streitigen Gerichtsbarkeit der Richter auf das bonum und aequum verwiesen.

§. 5.

Rechtliche Folgen der Vorausbestellung sowohl rücksichtlich der Kinder als auch der Eltern.

Nach diesen Erörterungen über Entstehung und rechtliche Natur des

Vorauses der erstehelichen Kinder haben wir die darauf bezüglichen Rechtsverhältnisse näher zu prüfen, die sich in die vier Puncte zusammenfassen lassen werden:

1) Welches sind die rechtlichen Folgen einer Vorausbestellung?
2) Welche Rechte stehen den Eltern, welche den Kindern am Voraus zu?
3) Welche Sicherheit haben die Kinder für ungeschmälerte Erhaltung des Vorauses?
4) Wie wird der Voraus vererbt?

Gemeinschaftlich für alle diese Fragen mag die Bemerkung hier Platz finden, daß es auf ihre Beantwortung keineswegs ohne Einfluß ist, ob der Voraus nur für das Erbrecht der Kinder gegen den verstorbenen parens, oder bei eingegangener Einkindschaft auch für die dadurch preisgegebenen künftigen Rechte und Erbschaftshoffnungen bestellt worden ist. Die nach diesen beiden Rücksichten einmal bestimmte Vorausssumme ist zwar in sich ein Ganzes, aber nicht immer einerlei rechtlicher Beurtheilung in allen einschlagenden Rechtsverhältnissen unterworfen. Die Wirkungen der Vorausbestellung sind verschieden, je nachdem er in diesen oder in jenen Rechten der Kinder seinen Grund hat, ebenso die den Kindern und Eltern daran zustehenden Rechte. Practisch freilich ist obiger Unterschied oft deßhalb nicht durchzuführen, weil der Voraus meistens in einer Summe ausgedrückt und nicht gekannt wird, welche Summe in der einen, welche in der andern Rücksicht den Voraus bildet.

Zu 1.

Die Wirkungen der Vorausbestellung sind theilweise schon im Lauf der bisherigen Darstellung mit erörtert worden, namentlich soweit hierher die Rechte der Kinder und der Eltern am Voraus mitgehören. Jetzt haben wir es weiter noch mit den Wirkungen auf die nach Ausscheidung der Vorause übrig bleibende Vermögensmasse zu thun. Da die Kinder durch den Voraus mit ihrem Erbrecht am Vermögen des verstorbenen Ehegatten abgefunden werden, so ergiebt sich von selbst, daß sie nun alle weiteren Ansprüche daran verlieren und nichts behalten als ihr künftiges Erbrecht gegen den parens binubus. Auf diesen parens binubus geht nunmehr, nach Abzug der Vorause, das eingebrachte Vermögen des verstorbenen Ehegatten und sein Errungenschaftsantheil als alleinigen Eigenthümer über und fällt erst bei seinem dereinstigen Ableben auf die erstehelichen Kinder und die sonst noch nach den Ehepacten berufenen Erben. In den meisten Fällen bringt der parens binubus dieses Vermögen in die vertragsmäßig mit der zweiten Ehe eintretende Vermögensgemeinschaft mit hinein und die mit dem Tode des einen Ehegatten eingetretene fortgesetzte Gütergemeinschaft hat hiermit ihr Ende erreicht. Sobald die zweite Ehe geschlossen ist, erfolgt dieser Eigenthumsübergang bezüglich des Mobiliarvermögens ipso jure; bezüglich des Grundvermögens erst durch die Zuschreibung durch den Richter auf Grund der Ehepacten, oder, wenn das Grundvermögen lehnbar, durch die förmliche Beleihung des parens

binubus, der auch Handlohn zu entrichten hat und ganz so angesehen wird, als habe er seine Kinder wegen ihrer Rechte am Nachlaß des verstorbenen Ehegatten durch den Voraus ausgekauft.

VO. vom 4. Jun. 1715.

Die Forderungen und Schulden, die zum Nachlaß des verstorbenen Ehegatten gehört haben, hören nunmehr ebenfalls auf gemeinschaftlich zu sein und der parens binubus wird einziger Gläubiger und alleiniger Schuldner. Seine Activ- und Passivlegitimation zur Sache im Proceß liegt in der Bestellung des Vorauses an die ersteheliehen Kinder. Hat daher der verstorbene Ehegatte einen überschuldeten Nachlaß hinterlassen und es ist aus diesem Grunde den ersteheliehen Kindern gar kein, oder wenigstens rücksichtlich dieses Nachlasses kein Voraus bestellt worden — während sie füglich einen solchen wegen preisgegebener künftiger Rechte in Bezug auf das Vermögen des parens binubus bestellt erhalten haben können — so haften sie nach wie vor für die Passiva jenes verschuldeten Nachlasses mit und müssen mit belangt werden. Die hier entwickelten Wirkungen des Vorauses sind daher lediglich von demjenigen zu verstehen, welcher wegen des Activvermögens des verstorbenen Ehegatten und nicht wegen preisgegebener künftiger Rechte bestellt worden ist, besondere Wirkungen des letzteren vor seinem Anfall treten noch gar nicht ein.

Zu 2.

Die Rechte der Eltern am Voraus sind der Besitz und der Nießbrauch. Dieselben unterliegen den betreffenden Grundsätzen des römischen Rechts, die hier keiner weiteren Ausführung bedürfen. Uns kommt es hier nur darauf an, die Dauer dieser Rechte zu besprechen. Die Statuten (s. oben) unterscheiden, ob der Vater oder die Mutter zu einer zweiten Ehe geschritten ist und einen Voraus bestellt hat und sagen beim Vater unbedingt, daß er den Nießbrauch und Besitz am Voraus „sein Lebenlang" habe und daß derselbe erst nach seinem Ableben von gemeiner Erbschaft gereicht werde. Dieß ist eine Folge der allgemeinen Gütergemeinschaft, unter deren Einfluß sich unsere Statuten ausgebildet haben. Wie lange der Mutter der Nießbrauch am Voraus zustehe, sagen dieselben nicht, sondern es heißt im Eingang des §. 4. Art. 14., es werde mit dem Weibe, wenn sie den Mann überlebe, anders gehalten, doch wird nicht erwähnt, worin dieses Anders besteht. Die Note zu dieser Stelle ergänzt den Mangel und referirt uns, der Voraus, den die Mutter zu bestellen habe, müsse vermöge des Rathsberichtes von 1577 neben der Hochzeithülfe gereicht werden, wenn die Kinder zu Eheen greifen und heyrathen,

„et sic diversum jus obtinet ratione matris quoad praecipuum solvendum."

vgl. auch Vorrede zu den Statuten S. IX.

So bestimmt diese Quellenaussprüche sind, so ist doch die jetzige Praxis davon abgewichen und verlangt die Abgewährung des Vorauses entweder,

wenn die Kinder heirathen oder sonst getrennte Öconomie beginnen, oder wenn sie volljährig werden oder erst, wenn Grundtheilung gehalten wird, falls diese vor dem Tode des parens binubus eintritt, sehr selten aber erst beim Tode des letzteren. Ebenso unterscheidet unsere Praxis nicht, ob der Vater oder die Mutter der parens binubus ist. Der Grund dieser Praxis liegt darin, daß statt der allgemeinen Gütergemeinschaft jetzt nur noch eine Errungenschaftsgemeinschaft zwischen Ehegatten angenommen wird. Freilich müssen dann streng genommen, da der Voraus ja auch mit aus der Errungenschaft bestellt werden soll, der Nießbrauch wenigstens insoweit dem parens binubus bis zu seinem Tode verbleiben, als der Voraus einen Theil der Errungenschaft in sich faßt; doch kommt eine solche Unterscheidung practisch nie vor. Ist der Voraus nur in Rücksicht der bei eingegangener Einkindschaft von den erstehelichen Kindern preisgegebenen künftigen Rechte bestellt, so dauert der Nießbrauch daran selbstverständlich bis zum Tode des parens binubus, was der Vertrag fast nie ändern wird. Kommen aber beide Bestellungsgründe zugleich vor, so daß der Voraus auch noch wegen schon vorhandener Erbrechte der Kinder constituirt wird, so dürfte die Dauer des Nießbrauches und Besitzes danach zu normiren sein, welcher von beiden Gründen nach der Größe des Vermögens der überwiegende ist.

Das Eigenthum am Voraus erkennt unsere Praxis durchgehends nicht den Eltern, sondern den Kindern zu, doch ist dieß Eigenthum während der Dauer des elterlichen Nießbrauchs nur ein sehr beschränktes. Besteht der Voraus in einem Geldbetrag, so sind die Kinder die Gläubiger und haben gegen die Eltern ein Forderungsrecht auf diesen Betrag, so daß hier ein rein obligatorisches Verhältniß besteht und von Eigenthumsrechten im dinglichen Sinne gar nicht gesprochen werden kann. Besteht aber der Voraus in einer bestimmten nicht fungibelen Sache, z. B. in Grundbesitz, so stehen hieran den Kindern dingliche, nämlich wirkliche Eigenthumsrechte zu. Insoweit die Kinder überhaupt dispositionsfähig sind, können sie über jene Forderungs- und über diese dinglichen Rechte inter vivos und mortis causa verfügen, doch nie zum Nachtheil der nießbrauchberechtigten Eltern. Einer Zustimmung der letzteren bedarf es zur Gültigkeit solcher Verfügungen bei Veränderungen in der Person des Gläubigers nicht, d. h. wenn der Voraus in einer Geldforderung besteht, weil eine solche Veränderung den Rechten der Eltern keinerlei Eintrag thut, z. B. wenn die Kinder ihre Vorause cediren. Ist aber der Voraus eine bestimmte Sache, so haben die Eltern nach den Statuten nicht nur den Nießbrauch daran, sondern auch den Besitz. Eine Verfügung also, die auch auf den Besitz Einfluß hat, z. B. Verkauf eines Vorausgrundstücks kann ohne Zustimmung der Eltern keine rechtliche Wirkung haben.

Betrifft der Voraus kein schon vorhandenes Erbrecht, so haben die Kinder, so lange er nicht abgewährt ist, gar keine Eigenthums-, sondern nur

künftige Forderungsrechte daran. Bei dem Zusammentreffen beider Bestellungsgründe wird sich für das Eigenthumsrecht kaum eine Norm angeben lassen. Darum ist es Cautel, sofort bei der Constituirung im Vertrag unterscheiden zu lassen, was als Abfindung für das Erbrecht gegen den verstorbenen Ehegatten gelten und was in Rücksicht der preisgegebenen künftigen Rechte als Voraus bestellt sein soll.

Zu 3.

Daß den Kindern der Voraus ungeschmälert erhalten werde, liegt im Begriff und im Zweck desselben. Die dafür den Kindern gebotenen Sicherheiten sind die Bestellung eines Vormundes bei Errichtung des Vorauses — gewöhnlich bei Abschluß der Ehepacten — wenn sie minderjährig, oder sonst der Vormundschaft aus einem gesetzlichen Grund bedürftig sind, ferner, ganz abgesehen von ihrem status, das gesetzliche Pfandrecht des Vorauses.

Nicht nur unsere Praxis hat von jeher auf Grund des gemeinen Rechts angenommen, daß der Voraus der erstehelichen Kinder eine hypothekarische Sicherheit genieße, sondern es findet sich auch in unserer Gesetzgebung eine Andeutung dafür. Die Ernest. Proceßordnung P. I. cap. 18. §. 9. sagt:

„Die, so stillschweigende Pfande haben, sind — — — — Kindes in „ihres Vatern — Vermögen der Güter wegen, so sie administriren und „in Verwaltung haben ꝛc."

Die Proc.-Ordn. setzt dieses Pfandrecht in die III. Classe des Concurses, in welche auch die ausdrücklichen Pfandrechte (Consense) rangirt sind, so daß also zwischen beiden das Alter entscheidet. Auch Rößler erwähnt das Pfandrecht für den Voraus in Sect. II. dec. IX.:

„Liberi ratione praecipui habent tacitam hypothecam in bonis pa„rentum [3])."

Der von ihm mitgetheilte Fall ist aber von der Art, daß das stillschweigende Pfandrecht am Vermögen der Mutter haftend angenommen wird. Die ratio legis der PO. läßt auch annehmen, daß sie ihre Bestimmung nicht auf des Vaters Verwaltung und Vermögen beschränkt verstanden wissen will, weil sie den Grund der hypothekarischen Haftverbindlichkeit in der Verwaltung findet. Ist also die Mutter der überlebende Theil, so hat sie mit ihrem neuen Ehemann den Genuß des Vorauses und die Verwaltung desselben. Wegen des mit der neuen Ehe wieder eintretenden gemeinschaftlichen Verhältnisses hat nun auch unsere Praxis das beiderseitige resp. gemeinschaftliche Vermögen beider Ehegatten als Gegenstand des Pfandrechts angesehen und deßhalb werden auch die Vorause, wenn Grundvermögen vorhanden ist, vom Richter ex officio ins Hypothekenbuch eingetragen.

3) Über den Rang dieses Pfandrechts spricht er sich in Nr. 2. derselben decisio ebenfalls aus: „Adeoque praeferuntur creditoribus posteriorem quidem, expressam tamen et judicialem hypothecam habentibus."

Trotz dieser vorhandenen Sicherheiten zu Gunsten der Erhaltung des Vorauses kommt es nicht selten vor, daß in der zweiten Ehe die Vermögensverhältnisse zurückgehen und die ungeschmälerte Berichtigung des Vorauses in Frage gestellt wird. Bricht in solchen Fällen Concurs aus, so ist nach dem eben Mitgetheilten die Location des Vorauses vollkommen bestimmt und sein Schicksal wird dann auf dem Rechtsweg entschieden. Häufig aber werden derartige Vermögensverlegenheiten ohne Concurs zu beseitigen gesucht und gewöhnlich zuerst der Obervormundschaft angesonnen, zu genehmigen, daß der Voraus verringert oder daß sein Pfandrecht hinter das für neue Schulden zu bestellende zurückgeschoben werde. Das Gericht wird hier nach sorgfältiger causae cognitio, namentlich nach Ermittelung des status activus et passivus zu berechnen haben, was vom Voraus im Concurs gerettet wird und danach seine Genehmigung ertheilen oder verweigern.

Zu 4.

Vom Erbrecht in den Voraus ist nicht dann erst die Rede, wenn er abgewährt war und dann vererbt wird, sondern auch der noch nicht abgewährte Voraus, also die Forderung auf denselben, wird wie jeder andere Activaußenstand Gegenstand der Vererbung; denn es ist eine in den Ehepacten vollkommen gegründete, ihrer Klagbarkeit nach nur an eine bestimmte Zeit gebundene Forderung vorhanden.

Rößlers Decisionen Sect. VI. dec. V.

Die Vererbung des Vorauses erfolgt zunächst auf Grund und nach Vorschrift der Ehepacten, dann nach den Grundsätzen des römischen Rechts, soweit es nicht durch das deutsche Familienrecht modificirt ist. Hiernach haben wir die Intestaterbfolge und die testamentarische resp. vertragsmäßige Erbfolge in den Voraus zu beurtheilen.

Bezüglich der ersteren würden wir hier außer der Verweisung aufs römische Recht zu keiner weiteren Auseinandersetzung veranlaßt sein, wenn nicht die Rößlerschen Decisionen eine etwas abweichende Meinung enthielten. Der in ihnen besprochene Fall ist folgender: Ein Vater hat bei seiner anderweiten Verheirathung seinen vier Kindern erster Ehe 200 fl., die von seiner ersten Frau herkommen, zum Voraus gesetzt. Von diesen Kindern starben zwei, er begiebt sich in die dritte Ehe und will den hier erzeugten Kindern 100 fl. zuwenden, weil er seine zwei ersthelichen Kinder beerbt, also die Hälfte ihres Vorauses mit 100 fl. erblich erworben habe, was die beiden am Leben gebliebenen ersthelichen Kinder nicht zugaben. Das Responsum von 1630 sagt:

„Dieweil er (der Vater) aber von bemeldeten Voraus der 200 fl. mehr
„nicht als der überlebenden Kinder eins und nur usufructuarie erben
„können, so bleibt das Eigenthum der 200 fl. den überlebenden zweien
„Kindern erster Ehe billig und der Vater hat nur die Fruchtnießung
„pro rata Zeit Lebens zu genießen."

Insofern als nach diesem Responsum der Vater und die Geschwister des Verstorbenen zur Erbschaft berufen sind, liegt hierin eine Bestätigung obiger Behauptung, nur mit der Abweichung, daß dem Vater nicht das Eigenthum, sondern der bloße Nießbrauch zufallen soll. Eine Begründung giebt das Responsum nicht. Die sog. disputatio aber, welche die Gründe und Gegengründe mittheilt, deutet auf die poena secundarum nuptiarum hin, die den Mann ebenso treffe wie die Frau und die ihm das Eigenthum entziehe tum quoad lucra nuptialia, tum quoad res ex successione liberorum ei acquisitas. Hiergegen spricht aber namentlich, daß diese poena secund. nupt. sofort mit der zweiten Ehe eintritt. Hierdurch verliert der parens binubus das Eigenthum an den lucra prioris matrimonii sive nuptialia. Ein später erst ihm anfallendes Erbrecht kann ihm also unmöglich in Folge jener poena entgehen, mit welcher es, selbst wenn es wirklich bona prioris matrimonii zum Gegenstand hätte, außer allem Zusammenhange steht. Aber der den Kindern wegen des Vermögens des verstorbenen Ehegatten constituirte Voraus gehört offenbar gar nicht zu den lucra nuptialia, die ja nur dasjenige umfassen, was der Ehegatte aus dem Vermögen des andern Ehegatten erwirbt, und nicht, was die Kinder daraus erworben haben und später erst auf den überlebenden Ehegatten erblich fallen soll.

Unsere Praxis kennt jenes bloß auf den Nießbrauch beschränkte Erbrecht nicht, sondern läßt das Intestaterbrecht in den Voraus lediglich nach römischem Recht eintreten. Dennoch stellt Rößler sogar in Veranlassung obigen Responsums in Sect. III. dec. IV. als ausgemachten Satz auf:

„Pater binubus in praecipuo liberorum prioris matrimonii praemo-
„rientium *non* succedit nisi quoad usumfructum portionis virilis,"

wie auch in den Statuten mit deutlichen Worten Art. 14. §. 27. bestimmt wird:

„Verstirbt ein Sohn oder Tochter lediges Standes, oder sonst ohne Erben, so erben die Eltern und übrigen Geschwister miteinander — — und wird in allen beseitlichen Erbschaften nirgend angesehen, wo des Verstorbenen verlassene Güter gelegen oder ihren Ursprung haben und Herkommen."

Sobald nach heutigem gemeinen Recht die erstehelichen Kinder testamenti factio activa haben, können sie auch über ihren Voraus testiren und sonst letztwillig verfügen und die römische Bestimmung, daß der filiusfamilias über seine Adventitien nicht testiren könne,

l. 11. 12. C. qui test. fac. 6. 22. n. 117. cap. 1.

leidet hierauf eben nur insofern Anwendung, daß die erstehelichen Kinder, so lange sie filiifamilias, d. h. so lange sie nicht durch Volljährigkeit oder separirte Oeconomie aus der elterlichen Gewalt getreten sind, über den Voraus nicht testiren können. Über das peculium castrense und quasi castrense zu testiren, steht auch dem filiusfamilias zu, wenn er nur nicht impubes, fu-

riosus oder prodigus ist. Der Voraus gehört aber nicht zu diesen Peculien, sondern zu dem peculium adventitium regulare. Daß wir ihn hier unter einen römischrechtlichen Begriff subsumiren, während wir ihn oben als ein rein deutschrechtliches Institut bezeichnet haben, darf nicht auffallen, denn wenn auch sein Rechtsgrund und also die Frage, wie er zur Entstehung kommt, dem römischen Recht ganz fern liegt, so kann nicht nur recht füglich die Frage nach seiner Eigenschaft als Vermögensgattung nach römischem Recht, sondern sie muß sogar danach entschieden werden, weil das ganze Erbrecht in den Voraus auf römischem Recht beruht.

Eine sehr häufige Art und Weise, das Erbrecht in den Voraus zu normiren, kommt sogleich bei seiner Errichtung in den Ehepacten vor: indem bestimmt wird, daß das Accrescenzrecht gelten, daß also, wenn eines der ersteehelichen Kinder ohne Leibeserben stirbt, sein Voraus den übrigen ersteehelichen Kindern zufallen soll.

Genauer drücken sich die Ehepacten selten aus und es entsteht daher die Frage, welche Folgen dann dieser Anordnung des Accrescenzrechts beizumessen seien? Es lassen sich dabei zwei Ansichten denken: Nach der strengeren, welche namentlich das Wort des Vertrags im Auge hat, ist damit bestimmt, daß der Voraus, er mag nun schon abgewährt sein oder nicht, stets nur auf die Geschwister des kinderlos versterbenden Vorausberechtigten vererbt wird; dieser könnte also in keinem Fall mehr über sein Vorausvermögen testiren; denn da die Kinder bei den Ehepacten als Mitcontrahenten aufzufassen sind, so hätten sie vertragsmäßig die Erbfolge in den Voraus selbst angeordnet und diesem zuwider wäre jede letztwillige Verfügung unzulässig.

vgl. Not. ee. zu §. 4. des 13. Artikels der Statuten.

Haben z. B. zwei Brüder einen Voraus von zusammen 1000 fl. zu fordern, zahlbar bei der Volljährigkeit, der eine hat seine 500 fl. bekommen und will darüber testiren, so würde er dazu nicht mehr befugt, sondern laut des angeordneten sog. Accrescenzrechtes würde der andere Bruder Vertragserbe jener 500 fl. sein. Über sein übriges Vermögen dagegen würde er ungehindert mortis causa verfügen, oder von seinen gesetzlichen Erben beerbt werden können, weil der Satz nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest auf Erbverträge keine Anwendung leidet.

Mittermaier l. c. Bd. II. S. 512.

Nach der anderen Ansicht kann das Accrescenzrecht mit den eben entwickelten Folgen nur auf den noch nicht abgewährten Voraus bezogen werden, indem man diesen wie eine erst angefallene, noch nicht erworbene Erbschaft, von welcher allein das Accrescenzrecht nach römischem Recht gilt, betrachtet und annimmt, daß, sobald der Voraus abgewährt ist, die Ehepacten keine Herrschaft mehr über ihn üben können, weil es ja nur deren Zweck ist, dafür zu sorgen, daß der in ihnen constituirte Voraus auch wirk-

lich zur Erfüllung komme. Sei dieß geschehen, so gelte ihr Zweck für vollkommen erreicht und der Voraus unterscheide sich in nichts mehr von jedem anderen Vermögen, es können also auch die Ehepacten in ihrer Eigenschaft als Erbverträge keinen Einfluß mehr darauf äußern.

Diese letztere Ansicht ist nach hiesiger Praxis die allein zulässige, aber sicherlich läßt die Möglichkeit beider es stets rathsam erscheinen, sogleich bei Abfassung der Ehepacten genau zu ermitteln, was eigentlich die Absicht der Contrahenten ist, wobei sich freilich zeigen wird, daß sie meistens auf die letztere Auffassungsweise gerichtet erscheint. Auch Rößlers dec. VI. in Sect. V. spricht über diesen Fall freilich nur in seiner Weise. Er sagt dort:

> „Succedit etiam conjux in praecipuo conjugis intuitu adventitiorum a patre *constituto*, non obstante quod parens tabulis dotalibus secundis providerat, ut ad fratres sororesve invicem devolveretur."

Es soll also der Ehegatte statt der Geschwister seines verstorbenen Ehegatten in den Voraus succediren und dem soll nicht entgegenstehen, daß der parens das Accrescenzrecht angeordnet hat. Das Responsum lautet:

> „Obgleich in dem anno 1602 aufgerichteten Vertrag abgehandelt, daß, wann Martin Schramm sich anderweit verheirathen würde, den sechs Kindern 1000 fl. als Fräuleins Gut nach ihres Vaters Tod zu einem rechten und natürlichen Voraus ausgesetzt sein, welcher von einem Kind auf das andere sterben und fallen sollte. Dieweil aber dennoch von solchen sechs Geschwistern, die Margarethe, sich zu Herrmann Schaden, Becker zu Coburg verheirathet und vermög kundbaren Landbrauches ein Ehegatt das andere nach Verfließung Jahres und Tages mit seiner ganzen Erbschafft befället und hierüber gedachte Margarethe deren Ehemann ihren Voraus für ihren Absterben verschaffet, so würde berührtem Herrmann Schaden solcher billig gefolgt."

Ob in diesem Fall der Voraus an die Margarethe schon abgewährt war oder nicht, geht aus der Darstellung nicht klar hervor; doch scheint das letztere angenommen werden zu müssen, weil nur von einem erst constituirten („a patre constituto") Voraus die Rede ist. Dann aber wäre offenbar unrichtig entschieden, weil in diesem Fall, wie oben erörtert worden, die Anordnung des Accrescenzrechtes den Ehegatten des Vorausberechtigten offenbar ausschließen und diesem letzteren eine letztwillige Verfügung über den Voraus unmöglich machen müßte. Soviel aber können wir aus Rößlers Mittheilung entnehmen, daß man dem Accrescenzrecht der Geschwister, gegenüber dem Intestaterbrecht oder einer letztwilligen Verfügung, nie sehr hold war und dasselbe durch alle möglichen, wenn auch noch so schlechten, Gründe zu beseitigen suchte.

Actenmäßige Darstellung civil- und criminalrechtlicher Entscheidungen.

In wie weit kann die Rechtsverletzung durch eine Administrativ- oder Polizeimaßregel Gegenstand eines Civilprocesses werden?

Vom Herrn Kreisgerichtsassessor Büttner zu Weimar.

Dem Mehlhändler S. zu A. war von der Fürstl. Landeshauptmannschaft zu A. die Concession zum Handel mit auswärts her bezogenen Mehl auf die Zeit vom 10. October 1848 bis 1. Jan. 1852 unter der Bedingung ertheilt worden, daß sie nur wegen Mißbrauchs auf Seiten des Concessionirten oder wenn polizeiliche Gründe dieß nothwendig machen sollten, zurückgenommen werden solle. Die Zurücknahme erfolgte am 20. Septbr. 1849 auf Anordnung der Fürstl. Landesregierung als der der Landeshauptmannschaft zunächst vorgesetzten Behörde in Folge einer Beschwerde des Bäckerhandwerks zu A. und wurde auf den von S. dagegen eingewendeten Recurs von dem Fürstl. Geheimrathscollegium durch Resolution vom 28. August 1849 bestätigt. S. erhob wegen dieser Zurücknahme nunmehr förmliche Klage gegen den Staatsfiscus auf Belassung bei der ihm ertheilten Concession und bestritt darin, daß die eine oder andere jener Voraussetzungen eingetreten sei. Von Seiten des Beklagten wurde die Statthaftigkeit dieser Klage hauptsächlich deßhalb angefochten, weil es sich hier um eine Verwaltungsmaßregel handle, deren Beurtheilung der richterlichen Gewalt nicht zustehe; daß namentlich der Richter die Zurücknahme der qu. Verfügung nicht anbefehlen könne, weil er nicht zu beurtheilen vermöge, ob polizeiliche Rücksichten dazu bewogen hätten ꝛc.

Am Schluß des ersten Verfahrens hat die Juristen-Facultät zu Jena, an welche die Acten verschickt worden, im Juni 1851 diese Klage ref. exp. abgewiesen aus folgenden Gründen:

„Die Behauptung der Beklagten, daß der Gegenstand des vorliegenden Streites sich gar nicht zur Verhandlung vor Gericht eigne und es dem Civilgerichte an der Competenz dafür fehle, ist ganz gegründet. Es wird hier nämlich in der Klage eine Handlung der Administrativ- und Polizeibehörde angefochten, welche von derselben als Amtshandlung und in der amtlichen Form vorgenommen worden ist, und es fragt sich daher, ob hier überhaupt die Betretung des Rechtsweges vor dem Civilgerichte statthaft war oder nicht? Diese Frage ist jedoch entschieden zu verneinen, und zwar schon

nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts. Kläger behauptet nämlich, daß die beklagte Behörde sein erworbenes Recht verletzt habe, und es läßt sich allerdings nicht verkennen, daß durch dergleichen Concessionen Rechte erlangt werden können, welche den Character eines Privatrechtes, und zwar eines Vermögensrechtes (juris quaesiti) annehmen und von Seiten des Staats und der seine Rechte ausübenden Behörden nicht ohne gesetzlich gerechtfertigte Gründe und, nach Verschiedenheit der Verhältnisse, nicht ohne Entschädigung zurückgenommen werden können, und daß wegen Verletzuugen solcher wohlerworbener Rechte auch Klagen gegen den Fiscus und die Behörden Statt finden können und ihre Zulassung dem wohlgeordneten Staate unentbehrlich ist."

„Nun sind zwar manche Rechtsgelehrte der Ansicht, daß alle Streitigkeiten über angeblich rechtsverletzende Handlungen der Administrativbehörden nur vor diesen Behörden selbst verhandelt und von ihnen entschieden werden könnten, so daß die Cognition der Civilgerichte über derartige Administrativhandlungen gänzlich ausgeschlossen wäre.

Gönner, Rechtsfälle, Thl. II. S. 40 ff.

Pfitzer, über die Grenze zwischen Verwaltung und Civiljustiz, §. 12 ff.

Funke, die Verwaltung rc. S. 17 ff.

Indessen muß diese Ansicht als viel zu weit gehend und sehr bedenklich verworfen werden, wie in neuer Zeit allgemein geschieht, so wie ihr auch kein Gesetz zur Seite steht, und man muß vielmehr behaupten, daß allerdings auch wegen der durch die Administration erfolgten Verletzung eines wohlerworbenen subjectiven Rechtes durch den Verletzten Klage bei einem Civilgerichte erhoben und auf dem Wege der civilproceſſualischen Verhandlung verfolgt werden darf, wenn es sich dabei nicht bloß um eine von der Administrativbehörde aus dem Gesichtspunct der Zweckmäßigkeit vorgenommene Maßregel handelt, folglich nicht diese Zweckmäßigkeit oder die Zweckwidrigkeit derselben in Frage steht, sondern wenn das Civilgericht in dem bereits vorhandenen positiven Rechte eine juristische Norm hat, nach welcher es die fragliche Handlung der Verwaltungsbehörde beurtheilen kann,

Pfeiffer, praktische Ausführungen, Bd. II. S. 182 ff.

Schmid, Lehrbuch des gemeinen deutschen Staatsrechts Thl. I. §. 75 ff. S. 122 ff.

Mittermaier, im Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. IV. S. 311 ff. Bd. XXI. S. 280 ff., 320 ff.

indem das Civilgericht niemals im Stande, noch berufen ist, über die Angemessenheit einer Handlung der Administrativgewalt zu urtheilen, sondern nur die rechtliche Bedeutung und Rechtsgültigkeit nach juristischen Maximen beurtheilen soll und darf. Wenden wir nun diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so leuchtet es ein, daß, wie schon bemerkt, zwar die Verletzung des wohlerworbenen klägerischen Rechts durch beklagte Administrativbehörde

geschehen, daß sie aber lediglich durch Motive der Zweckmäßigkeit dazu bewogen worden ist, und daß daher das Civilgericht keine Klage deßhalb anzunehmen befugt ist, denn in der Concessionsurkunde, welche Kläger selbst übergeben hat, wird §. 8. Bl. 6. bestimmt:

„Macht die mißbräuchliche Ausübung des Handels oder Gewerbes, oder
„irgend eine polizeiliche Rücksicht die Rücknahme oder Beschränkung der
„mit diesem Scheine ertheilten Befugniß unserem Ermessen nach nöthig,
„so steht dem Inhaber ein Anspruch auf Entschädigung nicht zu."

Hiermit war also der Beklagten gestattet, dann, wenn sie es zweckmäßig, d. h. dem Wohl des Staates angemessen fand, die ertheilte Concession zurückzuziehen, und wenn sie gegenwärtig erklärt und durch ausführliche Darstellung des früheren Verhältnisses motivirt hat, daß sie wirklich nur wegen eines solchen Zweckmäßigkeitsgrundes dem Kläger die Concession wieder entzogen hat, so kommt es auf die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der sie dabei leitenden Ansichten, auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit des dabei eingehaltenen Verfahrens, kurz auf alle die weiteren zwischen den Partheien gegenwärtig ausführlich besprochenen Thatsachen durchaus nicht an, sondern es entscheidet die einfache Erwägung, daß das bestehende Recht keine Norm darbietet, nach welcher die Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit dieser Maßregel beurtheilt werden könnte. Bedenkt man aber vollends, daß die Beklagte in dem §. 8. ausdrücklich die Zurücknahme der Concession von ihrem Ermessen abhängig gemacht und Kläger durch Annahme der Concession unter dieser Bedingung dazu eingewilligt hatte, daß also in der That hier nur ein Privilegium auf Widerruf ertheilt worden war, welches jederzeit von der ertheilenden Behörde widerrufen werden konnte,

cap. 5. in VI. de rescriptis (1. 3.)

u. s. w."

Beitrag zu der Lehre von der Nullitätsklage, insbesondere den Gerichtsstand für dieselbe betreffend.

Vom Herrn Justizrath Dr. Semmel in Gera.

Es fehlt in den Fürstlich Reußischen Landen jüngerer Linie*) an einer Particulargesetzgebung über die Richtigkeitsbeschwerde. In Ermangelung einer solchen ist daher auf die hier recipirte A. S. POrdnung zurückzugehen, die in Tit. XXXVIII. „von der Nullität" handelt. Wo diese nicht ausreicht, sind die Vorschriften des gemeinen Rechtes, dessen Grundsätze hierüber

v. Linde in s. Handbuch des deutschen gemeinen bürg. Processes 5. Bd. S. 398 ff.

*) Dasselbe gilt auch für die Gebietstheile älterer Linie. Anm. d. Red.

ausführlich zusammengestellt hat, zur Anwendung zu bringen. Was dem Allen die Praxis und die Theorie erläuternd und ergänzend zugefügt und die Wissenschaft weiter ausgebaut hat, wird in vorkommenden Fällen ebenfalls nicht unberücksichtigt bleiben können. Bei so immerhin nicht ganz dürftigem Materiale sollte man glauben, daß es für den erkennenden Richter in Nichtigkeitssachen des Anhaltes genug gäbe und von einem Wechsel der Erkenntnisse kaum die Rede sein könne; allein leider zeigt die Erfahrung gerade das Gegentheil. In der That ist auch das, was die A. PO. bietet, nur ein Geringes, während die deutschen Reichsgesetze ebenso wenig als erschöpfend betrachtet werden können; das römische und canonische Recht enthält dagegen nur eine Casuistik, die namentlich bei der neuern Proceßgesetzgebung gar oft in Zweifel darüber lassen muß, was in dem einzelnen Falle Rechtens sei, und während die Praxis vielleicht nicht stets und allenthalben consequent gewesen, hat es auch zur Zeit die Wissenschaft nicht vermocht, bezüglich der hier in Rede stehenden Lehre die einschlägigen Sätze zu allseitiger Anerkenntniß und unbestrittener Geltung zu bringen. Es kann daher nicht fehlen, daß bei uns in Nichtigkeitssachen der Zweifel gar viele vorkommen; weder über die Fälle, in denen die Nichtigkeitsklage überhaupt Statt findet, noch über das processualische Verfahren, was in Nullitätssachen einzuhalten, dürfte man einig sein, und neuerdings ist sogar die Frage: welcher Richter der competente sei? streitig und anders von den Gerichten erster, anders von dem Gericht zweiter Instanz entschieden worden. Drei Fälle liegen aus der neuesten Zeit vor, in denen die Competenzfrage einer Erörterung unterlegen hat, und sie sind die Veranlassung zu der gegenwärtigen Mittheilung. Der Gegenstand, um den es sich bei den drei verschiedenen Processen, in denen zu drei verschiedenen Malen Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt wurde, handelt, ist zwar in allen drei Fällen von nur geringem Belange, allein weit entfernt, daß hierdurch der Entscheidung der Frage, welcher Richter in Nichtigkeitssachen competent sei? ihr Interesse irgendwie genommen würde, sind diese Fälle vielmehr und im Gegentheil ganz besonders dazu geeignet, die Überzeugung gewinnen zu lassen, wie wünschenswerth es sein möchte, daß die nach mehr als einer Seite hin noch ungewisse Rechtsmaterie durch ein Landesgesetz geregelt werde.

Mag sich der Kostenaufwand, den eine proceßführende Partei durch die Entscheidung der Vorfrage, vor welchem Richter er Recht zu suchen oder zu leiden habe, in Rechtssachen, wo es sich um bedeutende Objecte handelt, auch noch verschmerzen lassen, so dürfte derselbe doch da doppelt empfindlich fallen, wo er vielleicht den Werth des Streitgegenstands gänzlich verschlingt.

Unsere Frage selbst anlangend, so glauben wir uns nicht zu täuschen, wenn wir annehmen, daß seither sämmtliche Gerichte erster Instanz unseres Fürstenthums die Ansicht festgehalten haben, daß die Nichtigkeitsklage ein devolutives Rechtsmittel sei und daß sie mithin stets nur bei dem höheren Richter, nicht aber bei dem nämlichen Richter anzubringen sei, bei dem das

nichtige Verfahren abgesetzt, oder von dem das nichtige Urtheil gesprochen worden. Hätte indessen auch das eine oder andere Einzelgericht diese Ansicht nicht getheilt, vielmehr die Anstellung der Nichtigkeitsklage auch bei demselben Richter, vor welchem oder von welchem eine Nullität begangen worden, für statthaft erachtet und somit dem Kläger das Recht der Wahl des fori eingeräumt, so sind wir doch der festen Überzeugung, daß man es dabei immer als selbstverständlich betrachtet habe, daß, sobald die Nullitätsquerel bei dem letzterwähnten Richter angebracht worden, dieser nicht wieder selbst erkennen dürfe, sondern die Acten vielmehr nach auswärtigem Erkenntnisse versenden müsse. Sicherlich ist aber bis jetzt kein Gericht erster Instanz unseres Landes so weit gegangen, sich sogar für eine Nullitätsklage für competent zu halten, die gegen ein von dem Gerichte zweiter Instanz, also seither dem Fürstlichen Landes-Justiz-Collegio, jetzt Appellationsgericht, gesprochenes Erkenntniß gerichtet gewesen. Die Gründe dafür möchten einleuchtend sein. Es ist bekannten Rechtens, daß ein und derselbe Richter in ein und derselben Sache nicht zweimal erkennen dürfe, vielmehr, hat er einmal gesprochen, der eine oder andere Theil aber gegen seinen Rechtsspruch remedisirt — den Fall einer declaratoria ausgenommen — so muß er das zweite Erkenntniß dem höheren Richter anheim geben. Ganz dasselbe, ja noch vielmehr muß dieß von der Entscheidung über eine Nullitätsklage gelten. Nie und nimmermehr kann man eine solche Entscheidung dem Richter überlassen, der zuerst in der Hauptsache erkannt und der selbst eine Nullität begangen oder solche mindestens geduldet hat; denn er würde in diesem Falle stets mehr oder weniger Richter in eigener Sache sein, was abermals eine offenbare Nullität nach sich ziehen würde. Es bleibt daher, wenn man der Nullitätsquerel einen Devolutiv-Effect nicht beilegen, vielmehr gestatten will, daß dieselbe auch vor dem Richter angebracht werde, vor oder von welchem eine Nichtigkeit begangen worden, rationell nichts anders als schließliche Versendung der Acten übrig. Wir geben zu, daß bei Einhaltung eines solchen Verfahrens der Streit darüber: ob die Nullitätsquerel bei dem höheren Richter oder bei dem nämlichen Richter, gegen dessen Erkenntniß dieselbe gerichtet ist, anzubringen sei, als ein müßiger betrachtet werden könne, und daß, wie derselbe auch entschieden werden möge, keinem der proceßführenden Theile irgend ein Nachtheil werde zugefügt und zwar um so weniger werde zugefügt werden, als selbst in dem Falle, daß man sich für die devolutive Eigenschaft des fraglichen Rechtsmittels entscheidet, daraus noch nicht folgt: daß somit den streitenden Parteien die dritte Instanz entzogen werde; eine Lösung des Streites bleibt aber gleichwohl im Interesse der Rechtspflege immerhin wünschenswerth.

Dagegen können wir uns auf keine Weise mit der Ansicht befreunden, daß Nullitätsklagen, selbst wenn sie gegen das Erkenntniß eines Obergerichts gerichtet sind, bei dem Untergerichte erhoben und fortgestellt werden können. Zwar geht die Doctrin von der Ansicht aus, daß die Nullitätsklage gegen den

Proceßgegner und nicht gegen den Richter gerichtet sei, und würde sich, diese Ansicht als richtig vorausgesetzt, die Competenz des Unterrichters selbst für Nullitätsklagen gegen Entscheidungen des Oberrichters um so mehr rechtfertigen, als die Nullitätsklage überdieß eine neue besondere Klage, einen neuen besonderen Proceß und ein neues besonderes Urtheil voraussetzt und es Rechtens ist, daß Niemand seinem ordentlichen Richter entzogen und der gesetzliche dreifache Instanzenzug beeinträchtigt werden dürfe. Allein wir halten die nurgedachte Ansicht von Haus aus für einen Irrthum und für eine mit nichts unterstützte Fiction. Wollte man annehmen, daß die Nullitätsklage nicht gegen den Richter oder dessen Entscheidung, sondern gegen den Proceßgegner gerichtet sei, so müßte man ein Gleiches auch von der Appellation und Oberappellation gelten lassen. Es ist aber wohl noch Niemandem in den Sinn gekommen, zu behaupten, daß eine Appellation nicht gegen das erste und eine Oberappellation nicht gegen das zweite Erkenntniß, sondern gegen den Proceßgegner gerichtet sei. Mit der Nullitätsklage hat es offenbar ganz dieselbe Bewandtniß und die außerordentliche Eigenschaft dieses Rechtsmittels kann daran allenthalben nichts ändern. Wie die Appellation und die Oberappellation gegen ein unbilliges, so ist die Nullitätsklage gegen ein nichtiges Erkenntniß gerichtet und in allen Fällen handelt es sich daher um nichts anderes, als um theilweise oder gänzliche Beseitigung des letzteren, wobei es ganz gleichgültig ist, ob diese letztere dadurch erfolgt, daß ein beschwerendes Erkenntniß reformirt oder daß es cassirt wird. In dem einen wie in dem andern Falle ist der Richter, der das beschwerende Erkenntniß gesprochen, wesentlich bei der Abänderung oder gänzlichen Wiederaufhebung desselben betheiligt und es folgt daraus von selbst, daß, wie bei der Appellation und Oberappellation, so auch bei der Nullitätsquerel weder derselbe Richter, gegen dessen Erkenntniß die letztere eingelegt worden, von neuem entscheiden, noch ein niederer Richter über die Nichtigkeitsklage erkennen dürfe, die gegen das Erkenntniß eines höheren Richters erhoben worden ist. Wollte man das letztere statuiren, so würde man die Stufenleiter, auf der die drei geordneten Instanzen stehen, geradezu umkehren und den Organismus der rechtsprechenden Behörden, der eben will, daß die höhere Instanz über der niederen stehe und die erstere die Handlungen der letzteren, nicht aber die letztere die der ersteren prüfe und nach Befinden corrigire, vollständig aufheben. Unter solchen Verhältnissen ist es fast überflüssig, noch darauf besonders aufmerksam zu machen, welchen Gefahren auf solche Weise eine unparteiische Rechtspflege ausgesetzt sein würde. Wird gegen das Erkenntniß eines Oberrichters Nullitätsquerel eingewendet, so steht die Sache stets nothwendig so, daß durch dieses Erkenntniß des Oberrichters das vorherige Erkenntniß des Unterrichters ganz oder zum Theil beseitigt worden ist, und soll dann der Unterrichter wieder über die gegen das Erkenntniß des Oberrichters gerichtete Nullitätsquerel und mithin über das Erkenntniß des Oberrichters selbst erkennen, so wird

dieß nicht ohne eine Gegeneinanderhaltung dieses letzteren mit dem ersteren Erkenntnisse abgehen. Der Unterrichter hat aber das letztere verabfaßt und somit dürfte der Erfolg der Nullitätsquerel und das Schicksal des durch dieselbe angefochtenen zweiten Erkenntnisses wohl so ziemlich in allen Fällen gleich im voraus feststehen, da es doch wohl Niemandem zu verargen ist, wenn er sich und sein Kind zu verleugnen Bedenken trägt.

Zwar schreibt §. 23. der Jenaischen OAGOrdnung vor, daß Nichtigkeitsbeschwerden gegen Erkenntnisse der Untergerichte oder der Landes-Justiz-Collegien bei dem OAGericht niemals in erster Instanz angebracht werden, in letzter Instanz aber an dasselbe unter den nämlichen Voraussetzungen und Bedingungen gelangen sollen, welche jede andere Sache appellabel machen, und zwar ist ferner im §. 25. derselben OAGOrdnung dahin Verfügung getroffen, daß in allen Fällen, in denen gegen ein OAGErkenntniß eine Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden soll, dieses im Wege förmlicher Klage bei dem Landes-Justiz-Collegio des ursprünglich beklagten Theiles anzubringen und dort im ordentlichen Proceßgange zu verhandeln, das Erkenntniß über die geschlossenen Acten aber vom nächsten Landes-Justiz-Collegio des jedesmaligen Inspections- oder Exinspectionshofes einzuholen sei; allein es folgt aus dieser letzteren Disposition noch keineswegs, daß, wie Nichtigkeitsbeschwerden gegen OAGErkenntnisse bei einem der unter dem OAGericht stehenden Landes-Justiz-Collegien anzubringen sind, so auch Nichtigkeitsbeschwerden gegen Erkenntnisse eines Landes-Justiz-Collegii bei den unter diesen stehenden Gerichten erster Instanz zur Verhandlung und Entscheidung zu bringen seien. Vielmehr ist diese Frage trotz der oben erwähnten Vorschriften der OAGOrdnung noch als eine ebenso unentschiedene zu betrachten als die, welcher Richter competent sei für Nullitätsklagen, die gegen Erkenntnisse der Gerichte erster Instanz gerichtet sind. In beiderlei Beziehung ist offenbar eine Lücke in der Gesetzgebung vorhanden, deren Ausfüllung um so dringender erscheint, als durch die Vorschrift der erwähnten OAGOrdnung, nach welcher Nichtigkeitsbeschwerden gegen Erkenntnisse eines Landes-Justiz-Collegii in erster Instanz niemals bei dem OAGericht angebracht werden sollen, fast alle und jede Möglichkeit abgeschnitten ist, einen competenten Richter für diese Nullitätsklagen zu finden. Denn daß sie nicht vor den Gerichten erster Instanz verhandelt werden können und warum sie dort nicht verhandelt werden können, das haben wir oben zur Genüge erörtert und dürfte daher als einziger Ausweg nur übrig bleiben, die Anstellung von Nichtigkeitsklagen gegen Erkenntnisse eines Landes-Justiz-Collegii wieder bei ebendemselben zuzulassen, für die Entscheidung über dieselben hingegen Versendung der Acten nach auswärtigem Erkenntnisse zu bedingen.

Fassen wir Alles, was vorstehend gesagt worden, zusammen und sprechen wir die Ansicht, die wir uns in der Sache gebildet haben, in gedrängter Kürze aus, so geht dieselbe dahin:

Die Nullitätsklage ist ein außerordentliches und devolutives Rechtsmittel und weil sie letzteres ist, kann sie nie und in keinem Falle bei dem nämlichen Richter, gegen dessen Erkenntniß sie gerichtet ist, und noch weniger bei einem, unter diesem stehenden niederern Richter, sondern sie muß stets bei dem höheren angebracht und von diesem entschieden werden. In den Fürstlich Reußischen Landen jüngerer Linie sind daher Nullitätsklagen gegen Erkenntnisse der Gerichte erster Instanz bei dem Fürstlichen Landes=Justiz=Collegium, jetzt Appellationsgericht zu Gera, als dem Gericht zweiter Instanz, anzubringen und von diesem zu entscheiden. Dagegen sind Nullitätsklagen gegen Erkenntnisse des Landes=Justiz=Collegii, da sie nach Vorschrift §. 23. bei dem OAGericht in Jena in erster Instanz nicht angebracht werden dürfen, zwar vor demselben Landes=Justiz=Collegio zu verhandeln, dagegen ist aber nach Schluß der Acten mit deren Versendung nach auswärtigem Erkenntnisse zu verfahren. Bei Nullitätsklagen gegen Erkenntnisse des OAGerichts ist dagegen lediglich das im §. 25. der OAGOrdnung vorgeschriebene Verfahren einzuhalten.

Was den nun ausgesprochenen Ansichten gegenüber in den Fürstlich Reußischen Landen wirklich Rechtens und wie in drei, neuerdings zu unserer Kenntniß gekommenen Fällen namentlich bezüglich der **Competenz** der Gerichte in Nichtigkeitssachen erkannt worden ist, ergeben die Entscheidungen in folgenden drei Rechtsfällen.

1.

In einer von der ledigen Hanne Rosine Seyfert zu D. gegen Karl Heinrich Wecker's Ehefrau Marie Rosine geb. Kämpfe das. bei dem Fürstlichen Justizamt Gera=Untermhaus unter dem 4. Dec. 1849 anhängig gemachten Rechtssache, in welcher die Gültigkeit einer von dem rc. Wecker an seine Ehefrau erfolgten Veräußerung eines Bauplatzes und weiter damit in Verbindung stehenden Schenkung rc. deßhalb angefochten wurde, weil sich der Ehemann dadurch absichtlich außer Stand gesetzt habe, eine der rc. Seyfert versprochene Abfindungssumme von 12 Rtl. für sein mit derselben unehelich erzeugtes Kind zu bezahlen, wurde nach stattgefundener Verhandlung der Sache von dem Proceßgericht unter'm 21. April 1850 der Bescheid ertheilt: es finde die erhobene Klage nicht Statt und Klägerin sei sämmtliche Kosten allein zu tragen und zu erstatten verbunden.

Gegen dieses durch ausführlich beigefügte Gründe gerechtfertigte Erkenntniß erster Instanz legte die Klägerin rechtzeitig das Rechtsmittel der Appellation ein. Die Beschwerdegründe beruhten in der Abweisung der Klage und in der Verurtheilung der Klägerin in die Kosten. Es erfolgte darauf von dem Fürstlichen Landes=Justiz=Collegio zu Gera unter'm 27. Juli 1850 in zweiter Instanz ein theilweise reformatorisches Erkenntniß, welches die Abweisung der Klage rc. noch von der Ableistung eines der Beklagten angetragenen und näher formulirten Eides rc. abhängig machte.

Auch diesem Erkenntniß waren sehr ausführliche Gründe beigefügt.

Dennoch wurde gegen dasselbe von der Beklagten Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt aus fünf verschiedenen Gründen, deren näherer Inhalt für die Competenzfrage nicht weiter interessirt und daher hier übergangen wird.

Für diese Nichtigkeitsbeschwerde hatte die Beklagte die Form der Ordinarklage gewählt, dieselbe bei dem Fürstl. Justizamte unter Berufung darauf eingereicht, daß es nach **Kori's** Proceß §. 183. und **Biener's** Proc. §. 206. dem Kläger freistehe, ob er die Nichtigkeitsklage bei dem Gerichte, vor dem der Proceß anhängig war, oder bei dem höheren Richter erheben wolle, und demgemäß um Anberaumung eines Termins zu weiterem rechtlichen Verfahren vor dem Fürstl. Justizamte gebeten. Diese letztere Behörde hatte jedoch die Ansicht, daß es für diese gegen das Erkenntniß eines Obergerichtes gerichtete Nichtigkeitsklage nicht competent sei, und schickte deßhalb die Acten an Fürstl. Landes=Justiz=Collegium zu Gera zu weiterer Verfügung ein. Diese hohe Behörde rescribirte indessen unter'm 14. Oct. 1850:

„daß, da es sich im vorliegenden Falle nicht von einer gegen ein Erkenntniß des OAGerichts gerichteten Nichtigkeitsklage handle, die Sache mithin in erster Instanz vor dem Fürstl. Landes=Justiz=Collegio nicht zu verhandeln sei, das Fürstl. Justizamt auf die bei demselben angebrachte Nichtigkeitsklage selbst Entschließung zu fassen und die Gebühr Rechtens zu verfügen habe,"

und wurde deßhalb nach einigen hierher nicht weiter gehörenden Zwischenverhandlungen zu Anberaumung eines Termins zu Güte und Recht, nach Absetzung des gewöhnlichen Verfahrens zu Versendung der Acten nach auswärtigem rechtlichen Erkenntnisse verschritten. Das Spruchcollegium, welches um Verabfassung eines Erkenntnisses angegangen wurde, war die Juristenfacultät zu Leipzig, die die Competenz des Fürstl. Justizamtes in dieser Sache anzunehmen kein Bedenken trug, deßhalb in materialibus erkannte, die Nichtigkeitsklage aber als unbegründet verwarf. Aus welchen Gründen dieß geschehen, kann hier unerörtert bleiben, weil wir als Gegenstand unserer Erörterung nur die Competenzfrage in Nichtigkeitssachen gewählt haben.

2.

Bei dem Stadtgerichte zu Gera klagte am 20. August 1852 der Hofmechanikus E. Friederici in Gera gegen den Kaufmann F. Braun daselbst wie folgt:

Mit dem Kaufmann F. Braun in Gera habe er, der Kläger, im Monat Mai 1852 die Vereinigung getroffen, daß er das dem Beklagten vor 20 Jahren verkaufte Flügel=Fortepiano gegen die Accordsumme von 10 Thlr. mit neuem starken Saitenbezug und die Claves durchgehends mit Blei zum schnellen Rückfall beim Anschlag versehen, die Hämmer der Mechanik beledern und das Instrument gehörig spielbar herstellen solle und wolle.

Er habe diese Reparaturen auch sämmtlich mit der nothwendigen Berücksichtigung der inneren Construction des Instrumentes ausgeführt und dasselbe am 27. Mai 1852 übergeben, bis jetzt aber die bedungene Accordsumme nicht erhalten.

Er werde daher unter Eidesantrag über den factischen Inhalt der Klage hiermit klagbar und bitte, den Beklagten in Bezahlung der libellirten 10 Thlr. sammt Verzugszinsen von erhobener Klage an, sowie in Tragung der erwachsenen gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten zu verurtheilen.

Auf diese Klage wurde Verhörstermin anberaumt und in diesem erklärte der Beklagte: daß der geschlossene Accord zwar richtig sei, Kläger indessen ausdrücklich versprochen habe, das Instrument mit neuen englischen Saiten zu beziehen und so herzustellen, daß es die Stimmung halte. Diesen Versprechungen sei Kläger nicht nachgekommen, da das Instrument weder vollständig mit neuen Saiten bezogen worden sei, noch die Stimmung halte. Den angetragenen Eid nahm der Beklagte an und es wurde hiernach, nachdem Vergleichsverhandlungen vergeblich gepflogen worden und ohne daß über die Replik des Klägers oder sonst etwas Weiteres zu den Acten registrirt worden, Bescheid dahin ertheilt:

„Würde Beklagter den ihm angetragenen und von ihm angenommenen Eid dahin:

> daß Kläger das fragliche Fortepiano mit durchgängig neuen Saiten nicht überzogen, dasselbe auch überhaupt gehörig spielbar und namentlich Stimmung haltend nicht hergestellt habe,

vorgängig Klägers Eid vor Gefährde schwören, so finde die erhobene Klage zur Zeit nicht Statt, es werden jedoch die verursachten Kosten gegen einander aufgehoben ꝛc."

Gegen diesen Bescheid wendete Kläger rechtzeitig Appellation aus dem Grunde ein, weil der von dem Beklagten abzuleistende Haupteid dem Klaginhalte nicht entspreche.

Die zweitinstanzliche Entscheidung des Fürstl. Landes-Justiz-Collegiums erging unter'm 27. October 1852 reformatorisch dahin:

„Beklagter sei unbedingt für verbunden zu erachten, dem Kläger die geklagten 10 Thlr. sammt Verzugszinsen zu 5 Procent von Zeit der erhobenen Klage an binnen 14 Tagen bei Vermeidung der Hülfe zu bezahlen, auch die in erster Instanz erwachsenen gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten allein zu tragen, bezüglich dem Kläger zu erstatten ꝛc."

Gegen dieses Erkenntniß wurde von dem Beklagten Richtigkeitsklage aus vier verschiedenen Gründen, deren Inhalt auch hier für die Competenzfrage nicht weiter in Betracht kommt, eingewendet.

Als Forum hatte der Beklagte für seine Richtigkeitsklage das Stadtgericht Gera und als Form die der Ordinarklage gewählt und um Anberaumung ei-

nes Termins gebeten. Diese Behörde hielt sich indessen für die gegen das Erkenntniß eines Obergerichtes gerichtete Nichtigkeitsklage ebenfalls nicht competent und sendete deßhalb die ergangenen Acten an das Fürstl. Landes-Justiz-Collegium zu weiterer Verfügung ein. Es wurden indessen dieselben dem Stadtgerichte unter'm 9. Februar 1853 mit der rescriptlichen Weisung remittirt:

„daß das letztere auf die erhobene Nichtigkeitsklage die Gebühr Rechtens zu verfügen und nach Befinden seiner Zeit mit Versendung der Acten nach auswärtigem Erkenntnisse zu verfahren habe, indem im vorliegenden Falle §. 23. der provisorischen OAGOrdnung für den Instanzenzug maßgebend sei und das Object nunmehr nicht minderwichtig, vielmehr wegen der Frage über die Nullität eines Erkenntnisses unschätzbar sei."

Das Stadtgericht verfuhr daher nunmehr mit Anberaumung eines Termins zum rechtlichen Verfahren über die erhobene Nichtigkeitsklage, nach dessen Schluß aber mit Versendung der Acten nach auswärtigem Erkenntnisse.

Auch in diesem zweiten Falle erkannte die Juristenfacultät zu Leipzig, welche auch hier zwar keinen Anstand nahm, die Competenz des Stadtgerichts in dieser Sache anzuerkennen, die Nichtigkeitsklage selbst aber aus Gründen verwarf, auf die hier ebensowenig als in dem Falle sub 1. einzugehen nöthig ist.

3.

Unter'm 12. Septbr. 1852 brachte der Steinmetz F. W. Rühling in Rudersdorf gegen den Gutsbesitzer Ch. G. Schöppe in Kraftsdorf bei dem Fürstl. Justizamte Gera-Untermhaus klagend vor:

Er habe sich mit Schöppe am 27. April 1848 an Amtsstelle dahin verglichen, daß er dem letzteren ein bei dessen Gute befindliches, von ihm erkauftes Sandsteinlager wieder zurückgeben, dagegen Schöppe ihm, Rühling, binnen 4 Wochen vom Vergleichsabschlusse an gerechnet 35 Thlr. herauszahlen solle. Er, Rühling, habe nun das fragliche Sandsteinlager längst zurückgegeben, Schöppe dagegen verweigere die Zahlung der für diesen Fall versprochenen 35 Thlr. Er bitte daher, denselben in Bezahlung der geklagten Summe nebst Zinsen des Verzuges vom 27. Mai 1848 an und in alleinige Tragung der Kosten zu verurtheilen.

Über dieses Klaganbringen wurde zwischen beiden Theilen schriftlich verfahren und nach gehaltener Localbesichtigung und erfolgter Abhörung der denominirten Sachverständigen folgender Bescheid ertheilt:

„Beklagter sei, da er den Grund der Klage fol. 8. Actor. eingeräumt, daneben aber die Einrede verschiedener Gegenforderungen vorgeschützt habe, von denen jedoch nur die Bl. 7. specificirte, in dem hiermit festgestellten Betrage von 15 Thlr. zu berücksichtigen war, dem Kläger die

geklagten 35 Thlr. sammt Verzugszinsen zu 5 Proc. vom 27. Mai 1848 an, jedoch unter Zurückbehaltung vorerwähnter 15 Thlr. bis zu Herstellung des Bl. 6. beschriebenen Weges zu bezahlen verbunden."

Gegen diesen am 10. Februar 1852 publicirten Bescheid legte der Kläger Rühling innerhalb der 10tägigen Nothfrist Appellation aus dem Grunde ein, weil dem Beklagten das Recht zugesprochen worden: bis zu Herstellung des unter Nr. 2. erwähnten Weges die Summe von 15 Thlr. innezubehalten und mit die Kosten compensirt worden, worauf das Fürstl. Landes-Justiz-Collegium zu Gera unter'm 24. März 1852 in zweiter Instanz reformatorisch dahin entschied:

„Beklagter sei die libellirten 35 Thlr. sammt Zinsen des Verzuges vom 27. Mai 1848 an dem Kläger binnen 14 Tagen bei Vermeidung der Hülfe zu bezahlen, auch sämmtliche Kosten erster Instanz nach dem Ansatz und richterlicher Feststellung ab- und zu erstatten schuldig."

Gegen dieses Erkenntniß legte der Beklagte Nichtigkeitsklage um deßwillen ein, weil dasselbe nicht nur im directen Widerspruch mit dem klaren Inhalt der Acten, sondern ebenso auch mit anerkannten gesetzlichen Bestimmungen stehe, worüber unter 1—5. das Nähere angegeben war.

Als Forum hatte der Beklagte für seine Nichtigkeitsklage das Fürstl. Justizamt gewählt, während die Form der letzteren ebenfalls wie in den Fällen sub 1 und 2. die der Ordinarklage, im Übrigen aber um Erlassung der nöthigen Ladungen in Gemäßheit der A. S. PO. Tit. XXXVIII. und sonst um die weiteren Verfügungen gebeten worden war.

Als dem Fürstl. Justizamte diese letzte Nullitätsklage zukam, war die oben ad Nr. 1. erwähnte, in Sachen Seyfert c. Wecker ergangene rescriptliche Weisung vom 14. Oct. 1850, nach welcher es auf die von der Wecker erhobene Nichtigkeitsklage selbst Entschließung fassen und die Gebühr Rechtens verfügen sollte, längst in seinen Händen und es trug dasselbe deßhalb nach solchem Vorgange weiter kein Bedenken, auf die hier in Rede stehende anderweite Schöppesche Nichtigkeitsklage Termin anzuberaumen und die Parteien weiter verhandeln zu lassen; dagegen glaubte dasselbe sich eigener Entscheidung in der Sache enthalten zu müssen und versendete deßhalb die letztere zu auswärtigem rechtlichen Erkenntnisse an die Juristenfacultät zu Jena.

Diese Spruchbehörde wies aber die Nichtigkeitsklage als unstatthaft ab und dieß zwar nicht aus materiellen Gründen, sondern wegen Incompetenz des Proceßgerichts. In den Entscheidungsgründen sagt die Juristenfacultät wörtlich darüber Folgendes:

„Das außerordentliche Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde ist allerdings dem einheimischen Proceßrechte bekannt,

cf. Alte sächs. Proceß-Ordnung Tit. 38. §§. 1 u. 2.

und es ist darnach zuvörderst zu gedenken, daß es binnen sächsischer Frist von der Eröffnung desjenigen Urtheils an eingewendet werden muß, das als nich-

tig angefochten wird, welche hier, da das Erkenntniß zweiter Instanz am 15. April 1852 eröffnet worden, sich bis zum 30. Mai erstreckt haben würde, während die gegenwärtige Nichtigkeitsbeschwerde schon am 27. Mai 1852 eingebracht worden ist, so daß von dieser Seite aus ihr nichts entgegensteht. Allein eine andere Ursache muß bewirken, daß sie, wie geschehen, für gänzlich unstatthaft zu erachten war, obwohl sich dafür in der Landesgesetzgebung keine specielle Vorschrift findet, welche vielmehr über den hier in Frage kommenden Punct keine Entscheidung enthält. Die erhobene Nichtigkeitsklage ist nämlich Bl. 58. an das Fürstl. Justizamt zu Gera=Untermhaus gerichtet, die Ausführung Bl. 61 ff. deßgleichen und das Gesuch Bl. 69. geht dahin, das Erkenntniß zweiter Instanz als nichtig wieder aufzuheben, die gegnerische Appellation als unbegründet zu verwerfen und dem Kläger die Kosten der Appellationsinstanz allein aufzulegen. Nun versteht es sich von selbst, daß ein Untergericht, wie das Fürstl. Justizamt, niemals competent sein kann, eine Appellation wegen mangelnder materieller Begründung zu verwerfen, sobald sie einmal bei ihm eingewendet worden ist. Denn die Entscheidung über das devolutive Rechtsmittel der Appellation kann unter allen Umständen nur von dem höheren, dem Appellationsgerichte, für die Reußischen Lande also von dem Fürstl. Landes=Justiz=Collegium zu Gera ausgehen; das Gleiche gilt von der Entscheidung über die Kosten der Appellationsinstanz. Allein es muß auch angenommen werden, daß es dem Fürstl. Justizamte, als einem Untergerichte, an der Zuständigkeit fehlt, über eine angeblich von dem Fürstl. Justizcollegium durch seine in der Appellationsinstanz gefällte Entscheidung begangene unheilbare Nichtigkeit zu urtheilen. Für das gemeine Civilproceßrecht war es sehr bestritten, ob die definitiv durch den

Reichsabschied von 1654 §§. 121 u. 122.

geregelte Beschwerde wegen unheilbarer Nichtigkeiten bei demjenigen Untergerichte eingewendet werden müsse, welches angeblich die Nichtigkeit begangen habe oder vor welchem sie doch im Verfahren vorgekommen sein sollte, oder ob sie bei dem Obergerichte, welches diesem Untergerichte vorgesetzt ist, angebracht werden sollte. Nach

L. 4. Cod. de accusationibus (9. 2.)

Reichskammergerichtsordnung von 1525 Art. V. §§. 6. 7.

kann sie unstreitig bei dem Untergerichte angebracht werden, und es geht daher die Ansicht Vieler dahin, daß der Querulant die Wahl habe, ob er sie bei demjenigen Gerichte, bei welchem die Nichtigkeit vorgekommen ist, oder bei dem Obergerichte erheben wolle,

v. Allmendingen, Metaphysik des Civilprocesses S. 316 ff.

v. Bayer, ordentl. Proceß S. 683.

während Andere ausschließlich das Obergericht für competent dazu halten, weil ihre Einwendung bei demjenigen Gericht, welches den die Nichtigkeit nach sich ziehenden Fehler beging oder doch zugab, keinen Nutzen haben könne und

diese Querel eigentlich als eine Beschwerde gegen dieses Gericht anzusehen sei.

Gönner, Handbuch des Processes Bd. III. Abschn. 54. S. 456—487.

Linde in der Zeitschr. f. Civilrecht u. Proceß Bd. XIII. S. 115 ff.

Nach sächsischem Proceßrechte ist die erste der beiden angeführten Ansichten die herrschende, wo nicht specielle Landesgesetze einen bestimmten Gerichtsstand für die Nichtigkeitsklage vorschreiben, wie dieß z. B. in der

Jenaischen OAGOrdnung §§. 22 u. 23.

geschehen ist,

Kori, Theorie des sächs. bürgerl. Processes §. 183.

Heimbach, sächs. Proceß Thl. I. §. 162.

Allein nirgends und niemals hat man die Ansicht aufgestellt, daß gegen eine von oder vor dem Obergerichte begangene Nichtigkeit die Nichtigkeitsbeschwerde bei dem Untergerichte erhoben werden könne, und es ist dieß auch unmöglich, weil das letztere, als eine untergeordnete Behörde, in keinem Falle über Handlungen des vorgesetzten Obergerichts eine rechtlich wirksame Entscheidung fassen kann, und weil es nach der ihm zugetheilten Competenz gerade von aller Einwirkung in den Geschäftskreis des Obergerichts ausgeschlossen ist. Es muß daher die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde wegen mangelnder Zuständigkeit desjenigen Gerichtes, bei welchem sie angebracht worden, für unstatthaft angesehen werden und es muß dieß, ungeachtet Querulat Bl. 80 ff. diesen Einwand nicht geltend gemacht hat, von Amtswegen berücksichtigt werden, weil kein Gericht über die ihm im Interesse des Staatsorganismus angewiesenen Grenzen seiner Competenz hinaus in den Wirkungskreis eines andern Gerichtes eingreifen darf, widrigenfalls es selbst wieder eine Nichtigkeit begehen würde. Die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde mußte folglich, wie geschehen, verworfen werden."

Gegen dieses von der Juristenfacultät zu Jena für das Fürstl. Justizamt Gera-Untermhaus gesprochene und erst am 14. Juni 1854 publicirte Urtheil legte nun der Querulant Schöppe rechtzeitig Appellation an Fürstl. Landes-Justiz-Collegium zu Gera ein und wurden daher die Acten zu zweitinstanzlicher Entscheidung an diese hohe Behörde eingesendet. Wir glauben die nähere Angabe der Beschwerdegründe unterlassen zu dürfen und beschränken uns darauf, zu sagen: daß Fürstl. Landes-Justiz-Collegium, nachdem beide Theile von ihm gehört worden, in der Sache ebenfalls nicht selbst erkannte, sondern die Acten nach rechtlichem Erkenntnisse an die Juristenfacultät zu Leipzig verschickte.

Daß diese Spruchbehörde die Competenz der Unterbehörden bei Nichtigkeitsklagen, selbst wenn sie gegen Erkenntnisse der Oberbehörden gerichtet, bereits in zwei verschiedenen Fällen anerkannt hatte, ergiebt sich aus dem, was wir bereits oben zur Sache Seyfert c. Wecker sub 1. und zur Sache Friederici c. Braun sub 2. erwähnt haben.

Nichtsdestoweniger stellte die Juristenfacultät zu Leipzig in diesem hier

vorliegenden dritten Falle die Competenz des Fürstl. Justizamtes ebenfalls in Abrede und verwarf in zweiter Instanz die von dem Querulanten gegen das erstinstanzliche Erkenntniß vom 14. Juni 1854 eingewendete Appellation unter dessen Verurtheilung in die Kosten der Appellationsinstanz mit Einschluß der Versendungs- und Urtheilsgebühren. Die Entscheidungsgründe rücken wir, insoweit sie die Competenzfrage betreffen, wörtlich ein:

„Wir haben das Erkenntniß der Juristenfacultät zu Jena nur bestätigen können. Denn in der That war das Fürstl. Justizamt nicht berechtigt, über die bei ihm angebrachte und ausgeführte Richtigkeitsquerel zu entscheiden. Vielmehr konnte dieß nur von dem Fürstl. Landes-Justiz-Collegium selber mittelst Actenversendung ad exteros oder durch sonstige Committirung eines Anderen geschehen. Es liegt nämlich

1.

schon in der Natur der Sache selbst, daß das Untergericht seiner Stellung gemäß, als solches, nicht berechtigt und competent ist, selbständig für sich als Instanz darüber zu entscheiden, ob das Obergericht ein von ihm dem Untergericht gesprochenes Erkenntniß, an welches die Sache auf dem Wege der Berufung gelangt ist, mit oder ohne Grund und Recht reformirt habe. Denn wenn gleich das Untergericht hier insofern nicht selber erkannt hat, als es durch Transmission der Acten das Erkenntniß von einer auswärtigen Facultät hat abfassen lassen, so ändert das doch an sich an dem natürlichen Instanzen- und Subordinationsverhältnisse nichts, weil ja doch das von den Auswärtigen verfaßte Erkenntniß immer von dem Untergerichte als sein eigenes publicirt werden mußte. Immer bleibt es also das Untergericht, welches in einem solchen Falle darüber entscheidet, ob das Obergericht mit Recht sein, des Untergerichtes, Erkenntniß reformirt habe. Es tritt dieß in concreto möglichst scharf hervor, wenn wir das Petitum des Querulanten in concreto, welches geradezu auf Wiederaufhebung des von dem Fürstl. Landes-Justiz-Collegium gesprochenen Erkenntnisses, sowie auf Wiederherstellung des justizamtlichen Bescheides gerichtet war, berücksichtigen. Daher ist

2.

mit der hier vorliegenden Frage nicht zu verwechseln die ganz andere Frage, ob nicht etwa das Untergericht über die von dem Obergerichte angeblich begangene Nullität im Auftrage des Obergerichtes, von diesem dazu committirt, entscheiden könne. Ohne uns auf eine Untersuchung darüber einzulassen, inwiefern eine solche Committirung mehr oder weniger zweckmäßig erscheint, leidet es jedenfalls keinen gegründeten Zweifel, daß sie rechtlich möglich ist und daß dann das Untergericht, trotz seiner sonstigen Stellung dem Obergerichte gegenüber, über die Richtigkeit entscheiden kann. Dafür liegen auch in der That in dem Fürstenthum Reuß Präcedenzien und Präjudicien vor. Es gehört dahin namentlich die beigelegte Proceßsache Rosine Seifertin contra Weckerin.

Dort war gegen ein Erkenntniß des Landes-Justiz-Collegiums die Nichtigkeitsquerel ergriffen und an das Untergericht gebracht, von diesem aber an das Landes-Justiz-Collegium zur Erledigung eingesendet worden. Hierauf remittirte das Landes-Justiz-Collegium die Sache an das Untergericht mit der ausdrücklichen Weisung, selber dann das Nöthige zu verfügen, und bemerkte ausdrücklich, daß, wenn demgemäß gegen die Entscheidung des Untergerichts Appellation erhoben werden sollte, das Landes-Justiz-Collegium in zweiter Instanz, mittelst Versendung der Acten an Auswärtige selber erkennen werde. Darin lag entschieden die Ertheilung einer Commission von Seiten des Landes-Justiz-Collegiums an das Untergericht, statt seiner in erster Instanz zu erkennen. Aus einem solchen Vorgange läßt sich aber sicher kein Schluß ziehen auf andere Fälle, wo, wie in dem hier vorliegenden, ein solches Committiren des Untergerichtes von Seiten des Landes-Justiz-Collegiums nicht Statt gefunden hat, vielmehr das Justizamt ohne Weiteres die Querel angenommen und sich selbständig für sich der Entscheidung unterzogen hat. Das Justizamt hatte demnach die Sache an das Landes-Justiz-Collegium abzugeben und abzuwarten, ob es von diesem letzteren beauftragt werden würde, über die angeblich begangenen Nullitäten zu entscheiden.

3.

Nun hat zwar der Appellant auch noch darauf Gewicht gelegt, daß von dem Appellaten gar nicht einmal in Form einer Einrede oder sonst die Incompetenz des Justizamtes und die Unstatthaftigkeit seiner Entscheidung gerügt worden sei. Allein einer solchen Einrede bedurfte es auch in der That gar nicht, indem es ohnehin Sache des Richters ist, schon ex officio zu verfügen und Formalien zu prüfen, deren Nichtbeachtung zu Nichtigkeiten führt."

Gegen dieses zweitinstanzliche Erkenntniß wendete nun zwar der Querulant, jetzt Appellant, das Rechtsmittel der Oberappellation ein, allein es wurde demselben hierauf von dem Fürstl. Landes-Justiz-Collegio in Gera unter'm 11. Juli 1854 eröffnet:

> „daß seine gegen das am 23. Mai d. J. publicirte Erkenntniß zweiter Instanz unter dem 2. Juni eingewendete Oberappellation als unzulässig verworfen werde, da das in dem Vorprocesse in Frage befangene Streitobject nur 35 Thlr. betragen habe, die erhobene Nichtigkeitsklage mithin ebenfalls nach den Vorschriften des Gesetzes vom 24. März 1838 (nach ihnen giebt es in geringfügigen oder summarisch zu verhandelnden Rechtssachen nur zwei Instanzen und Oberappellation ist ausgeschlossen) zu behandeln, mithin die Oberberufung nach §. 71. dieses Gesetzes unstatthaft sei."

Prüfen wir nun die Resultate, welche durch die in den drei von uns vor-

getragenen Rechtsfällen ergangenen Entscheidungen für die Lehre von der Competenz in Nichtigkeitssachen erlangt worden sind, so dürften diese für das Fürstenthum Reuß in folgenden Sätzen zusammenzufassen sein:

1) Nichtigkeitsklagen, die gegen Erkenntnisse der Untergerichte gerichtet sind, können sowohl bei dem Untergerichte, von oder vor welchem eine Nichtigkeit angeblich begangen worden, als bei dem diesem vorgesetzten höheren Gerichte, also dem Landes=Justiz=Collegio, jetzt Appellationsgericht zu Gera, eingelegt werden.

2) Wird die Nichtigkeitsklage bei dem Untergerichte angebracht, so hat dieses die Sache zwar zu instruiren, der eigenen Entscheidung derselben sich aber zu enthalten, die Acten vielmehr ad exteros zu versenden.

3) Wird dann gegen das erstinstanzliche Erkenntniß das Rechtsmittel der Appellation eingelegt, so hat das Untergericht die Acten zu zweitinstanzlicher Entscheidung an das Fürstl. Landes=Justiz=Collegium, jetzt Appellationsgericht in Gera einzusenden und diesem ist es alsdann anheim gegeben, selbst zu erkennen oder die Acten ad exteros zu versenden.

cf. §. 4. des Gesetzes über den Instanzenzug vom 26. März 1838.

4) Eine Oberappellation in Nichtigkeitssachen ist nur dann gedenkbar, wenn die Hauptsache eine causa ordinaria und dieselbe sonach überhaupt oberappellabel ist. Bei minderwichtigen Rechtssachen, bei denen es in dem Fürstenthum Reuß nur zwei Instanzen giebt, findet dagegen Oberappellation in Nichtigkeitssachen nicht Statt.

cf. §. 23. der Jenaischen OAGOrdnung.

§§. 66 u. 71. des Gesetzes über den summarischen Proceß vom 24. März 1838.

5) Da nach dem oben sub 1. Gesagten die betreffende Proceßpartei die Wahl hat: ob sie ihre gegen das Erkenntniß eines Untergerichtes gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde bei diesem oder bei dem demselben vorgesetzten Obergerichte anbringen will, ingleichen weil in §. 23. der Jenaischen OAGOrdnung vorgeschrieben ist, daß Nichtigkeitsbeschwerden auch gegen Erkenntnisse der Landes=Justizcollegien niemals in erster Instanz bei dem OAGerichte angebracht werden können, so folgt, daß in dem Fürstenthum Reuß das Rechtsmittel der Nichtigkeitsklage als ein devolutives nicht betrachtet wird.

6) Und weil nach dem, was oben unter 4. bemerkt worden: eine Oberappellation in Nichtigkeitssachen nur dann zulässig ist, wenn die Hauptsache oberappellabel ist, so wird die betreffende Proceßpartei in minderwichtigen Rechtssachen besser thun, die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Erkenntniß eines Untergerichts bei diesem letzteren und nicht bei dem Obergerichte anzubringen. Denn da das Untergericht nach dem sub 2. Gesagten wegen der eingelegten Nichtigkeitsbeschwerde die Acten nach auswärtigem rechtlichen Erkenntnisse zu versenden hat, so bleibt dann noch Appellation übrig, während dieses

Rechtsmittel, Minderwichtigkeit der Sache vorausgesetzt, dann verloren geht, wenn die Nichtigkeitsbeschwerde bei dem Obergerichte angebracht worden ist.

Bei einer Nichtigkeitsbeschwerde in einer Ordinarsache erlangt dagegen der Querulant, sobald er die erstere bei dem betreffenden Untergerichte anbringt, sogar drei, bringt er sie aber bei der Oberbehörde an, nur zwei Instanzen.

7) Nichtigkeitsbeschwerden, die gegen ein von dem Landes-Justiz-Collegio, jetzt Appellationsgericht, in Gera in zweiter Instanz gesprochenes Erkenntniß gerichtet sind, können nur bei diesem, keinesweges aber bei dem Untergerichte, vor dem die Hauptsache anhängig war, angebracht werden. Geschieht letzteres gleichwohl, so hat das Untergericht die Acten an das Appellationsgericht einzusenden und diesem die weitere Verfügung darauf zu überlassen. Dem letztgedachten Appellationsgerichte bleibt aber unbenommen, einer andern Behörde, ja selbst dem betreffenden Untergerichte Commission zu ertheilen. Das Fürstl. Justizamt Gera-Untermhaus hatte die Entscheidung des Fürstl. Landes-Justiz-Collegii zu Gera vom 14. Oct. 1850 in Sachen Seyfertin c. Wecker, die dahin ging: daß es auf die von der Wecker gegen das zweitinstanzliche Erkenntniß eingebrachte Nichtigkeitsklage selbst Entschließung zu fassen und die Gebühr Rechtens zu verfügen habe, falsch aufgefaßt, wenn es in dieser Entscheidung eine gleiche Ermächtigung auch für alle künftigen Fälle erblickte. Ebenso würde das Stadtgericht in Gera im Irrthum sein, wenn es die ihm in Sachen Friederici c. Braun zugegangene Weisung desselben Landes-Justiz-Collegii vom 9. Febr. 1853 dahin auslegen wollte, daß es in Zukunft auf alle in den vor ihm anhängig gewesenen Rechtssachen gegen die zweitinstanzlichen Entscheidungen eingewendet werdenden Nichtigkeitsklagen selbständig die Gebühr Rechtens zu verfügen habe. Die rescriptliche Weisung vom 9. Febr. 1853 enthält ebenso wie die vom 14. Oct. 1850 lediglich einen Auftrag, und ohne solchen besonderen Auftrag ist kein Untergericht ermächtigt, auf eine gegen ein zweitinstanzliches Erkenntniß eingelegte Nullitätsklage irgend etwas anderes, als Einsendung der Acten an das Obergericht zu verfügen.

8) Nichtigkeitsbeschwerden, die gegen ein von dem Landes-Justiz-Collegio, jetzt Appellationsgericht, zu Gera in erster Instanz gerichtet sind, sind ebenfalls und zwar nur bei diesem, nicht aber bei dem Oberappellationsgerichte anzubringen; es hat dasselbe aber, sobald dieß geschehen, nicht selbst zu erkennen, sondern die Acten nach auswärtigem rechtlichen Erkenntnisse zu verschicken. Wird dann gegen letzteres Appellation eingelegt, so ist, gleichviel ob die Sache an sich causa major oder causa minuta ist, das OAGericht zu Jena als zweite Instanz zu betrachten.

cf. §. 23. der Jenaischen OAGOrdnung.

§. 72. des Gesetzes über den summarischen Proceß vom 24. März 1858.

9) Richtigkeitsbeschwerden endlich, die gegen ein OAGErkenntniß gerichtet sind, müssen bei dem Fürstl. Landes=Justiz=Collegio, jetzt Appellationsgericht, angebracht werden, welches in diesem Falle die alleinige competente Behörde ist. Dieses hat dann im ordentlichen Proceßgange die Sache zwar verhandeln zu lassen, das Erkenntniß aber nach Schluß der Acten von dem nächsten Justizcollegio des jedesmaligen Inspections= oder Exinspectionshofes einzuholen. Gegen dieses Erkenntniß findet nur noch das binnen zehntägiger Nothfrist einzuwendende Rechtsmittel der Revision Statt.

cf. §. 25. der Jenaischen OAGOrdnung.

10) In allen Richtigkeitssachen, gleichviel ob sie bei einem Untergerichte oder bei dem Appellationsgerichte anhängig sind, ist der Gang des ordentlichen Processes einzuhalten, mithin von der betreffenden Proceßpartei ordentliche Klage einzureichen, dann Termin anzuberaumen und zwischen den Parteien ordnungsmäßig zu verfahren. So ist seither die Praxis gewesen, die übrigens auch in der Disposition §. 25. der Jenaischen OAGOrdnung ihre Begründung findet. Daß vor dem OAGerichte zu Jena in erster Instanz Richtigkeitsbeschwerden gegen Erkenntnisse der Untergerichte oder des Appellationsgerichts in erster Instanz überhaupt nicht angebracht werden können, es also auch an einem dießfallsigen besondern Verfahren fehlen muß, ergiebt sich dagegen aus §. 23. der mehrerwähnten Jenaischen OAGOrdnung.

Über das Erbrecht unehelicher Kinder;

Seitenstück zu den beiden Mittheilungen No. 1. 2. 1855. S. 1 ff. und No. 5. S. 166 ff. dieser Zeitschrift.

Vom Herrn Justizrath Dr. von Hellfeld.

Im Hinblick auf die, namentlich an letzter Stelle, vom Kreisgericht zu Weimar im October 1854 ertheilte Entscheidung und auf die in den Entscheidungsgründen ausgesprochene Ansicht, welche das Band zwischen außerehelichem Vater und Kind als ein verwandtliches, das der Blutsfreundschaft bezeichnet, und etwaige Verhandlungen, welche mit dem Vater über Anerkennung seiner Vaterschaft gepflogen seien, bloß unter den Gesichtspunct eines Vehikels für eine confessio fallend darstellt, mit der Verpflichtung für den beweisbelasteten Kläger, unter anderm auch das zu bewahrheiten, daß die außereheliche Mutter in der kritischen Zeit mit einer zweiten Mannsperson, außer dem angeführten außerehelichen Vater, den Beischlaf nicht vollzogen habe [1]), scheint es dem Einsender nicht uninteressant, eine andere Ent=

1) Wie tief eingreifend Entscheidungen practischer Rechtsfragen in das bürgerliche Leben, in die Vermögenssphäre der Parteien sind, dafür dürfte sich der, in dieser Zeitschrift No. 5. S. 169 ff. erwähnte, durch Vergleich nach eröffneter erstin=

scheidung eines Einzelrichters und des Appellationsgerichtes zu Eisenach in letzter Instanz zur Mittheilung zu bringen. Zur Regulirung des, ohne pflichttheilsberechtigte Erben und Testament im Jahre 1854 zu Weimar verstorbenen D. hatte das Stadtgericht Weimar Edictalien erlassen. Im Edictal-Termine meldete sich neben Seitenverwandten auch F., als Altersvormund der vom Verstorbenen außerehelich gezeugten K. mit Anspruch auf den Sextans.

Zum Beweis der Vaterschaft des Verstorbenen D., hatte der Altersvormund des außerehelichen Kindes, außer dem erforderlichen Tauf- und Lebenszeugnisse, namentlich auch einen, im Jahr 1846 zwischen dem Erblasser und der außerehelichen Mutter geschlossenen, gerichtlich anerkannten, auch durch wirkliche Zahlungsleistung zur Erfüllung gekommenen Vergleich für die Alimentenansprüche mit 200 Thlr. vorgelegt, und sind die fraglichen Urkunden auch anerkannt worden. Eventuell hatte der Altersvormund über die thatsächlichen Klagbehauptungen den Eid angetragen, der ihm referirt wurde.

Einredeweis wurde vom Nachlaßvertreter, wie von den sich gemeldet habenden Seitenerben angeführt, was in dem obigen zweiten Aufsatze No. 5. S. 169 als Beweispflicht für den Kläger behauptet worden war, nämlich daß zur Begründung des Anspruches auf den Sextans, das Anführen und der Beweis gehöre, daß die Mutter in der kritischen Zeit mit einer anderen Mannsperson außerehelich den Beischlaf nicht vollzogen habe.

Nach geschlossenem Verfahren erkannte das Stadtgericht Weimar erstinstanzlich dem klagenden Altersvormunde den ihm referirten Eid de credulitate über die thatsächlichen Klagbehauptungen zu, und sprach sich in den Gründen betreffs unserer Frage in Folgendem aus:

> Der Meinung des Erbschaftsvertreters, daß im vorliegenden Falle zu Begründung des Anspruches auf den Sextans auch die Behauptung, daß die Mutter des unehelichen Kindes in dem gesetzlichen Zeitraume der möglichen Empfängniß, mit keiner anderen Mannsperson den Beischlaf vollzogen habe, gehöre, kann nicht beigepflichtet werden.

---

stanzlicher Entscheidung des Kreisgerichtes als abgeschlossen erwähnte, Vergleich anführen lassen. Das durch Altersvormund vertretene außereheliche Kind nebst seiner Mutter waren ganz arm, genossen das Armenrecht. Die Zweifelhaftigkeit einer abändernden Entscheidung, bezüglich des, in erster Instanz dem Kläger zugemutheten, Beweises der Negative, in zweiter Instanz, und die Erklärung des verklagten Erben, daß er einen darüber, daß die Mutter des Kindes in der erheblichen Zeit mit einer anderen Mannsperson den Beischlaf nicht vollzogen habe, anzutragenden Eid vom Glauben und Dafürhalten annehmen und ableisten werde, waren der Bestimmungsgrund, daß da, wo der sechste Theil des Nachlasses im Fragefall gegen 1500 Thlr. betragen haben würde, von der armen Klägerschaft unter obervormundschaftlicher Genehmigung lieber die geringe, aber doch gewisse Vergleichssumme von 500 Thlrn. angenommen wurde.

Wollte man das Anführen und den Beweis jenes Umstandes als wesentlich erforderlich halten, so würde zur Begründung des Anspruches z. B. ebenso wesentlich erfordert werden müssen, anzuführen, daß mit dem unehelichen Kinde nach der Geburt nicht eine Verwechselung, oder eine Unterschiebung stattgefunden habe: denn das Concumbiren mit einer anderen Mannsperson sowohl, wie die Verwechselung und Unterschiebung, sind gesetzwidrige Handlungen, durch welche die Vaterschaft möglicherweise zweifelhaft und bestritten werden kann, für welche aber weder die Vermuthung streitet, noch viel weniger von dem Kläger der Beweis des Gegentheils erlangt werden kann; vielmehr liegt es dem Beklagten ob, dergleichen Behauptungen einredeweis vor- und den Beweis dafür beizubringen, was im vorliegenden Falle nicht geschehen ist.

Auf die von dem Proceßgegner dagegen ergriffene Berufung erkannte das AGericht zu Eisenach unter'm 24. August d. J. lediglich bestätigend, mithin letztinstanzlich, unter Anführung folgender Gründe:

Zum Beweis der Paternität ist nur erforderlich, daß die Zeit des Beischlafes und der Tag der Geburt des Kindes dargethan werde, und es bestimmt insbesondere

§. 3. des Gesetzes vom 6. Juni 1853,

daß als Erzeuger des Kindes der belangt werden kann, mit welchem die Mutter innerhalb des Zeitraumes vom 210ten bis zum Ende des 285ten Tages, von der Zeit der Entbindung an zurückgerechnet, den Beischlaf vollzogen hat. Die nach gemeinem Recht vielfach für zulässig erachtete Einrede, daß die Stuprata auch mit andern Männern sich fleischlich vermischt habe, ist nach

§. 7. des Gesetzes vom 13. April 1829

nicht zu beachten, und da der Erbanspruch des unehelichen Kindes auf den Sextans keine anderen Voraussetzungen hat, als die Alimentationspflicht des unehelichen Vaters, und zur Begründung der letzteren die oben angeführten Nachweise hinreichen, so können andere zur Begründung des geltend gemachten Erbanspruches auch nicht erfordert werden und es erweist sich mithin das Verlangen des Appellanten als ein unbegründetes.

Da nun der Liquidant F. über seine Behauptung, daß das von der K. am 4. Februar 1846 geborene Kind aus dem außerehelichen, von der K. mit dem D. gepflogenen Beischlafe herrühre, dem Massevertreter den Eid angetragen hat, und dieser Eid zurückgeschoben worden ist, so kann darin, daß auf Ableistung dieses Eides erkannt worden ist, eine Beschwerde für die Intestaterben nicht gefunden werden.

Über die Statthaftigkeit der Eidesdelation bei Provocationsklagen im Fürstenthum Reuß j. L.

Vom Herrn Amtscommissär Seichter in Gera.

Durch das in dem Fürstenthume Reuß j. L. eingeführte Gesetz über den summarischen Proceß 2c. vom 24. März 1838 sind Tit. I. §. 1. Ziff. 7. auch Provocationsprocesse in das Bereich der nach diesem Gesetze zu behandelnden Gegenstände gezogen worden. Mehrere Sachwalter, früher der Ansicht folgend, daß eine Diffamation auf andere Weise als durch Eidesantrag erwiesen werden müsse, sind durch dieses Gesetz, welches (§§. 22 u. 23.) Eidesantrag in Bezug auf thatsächliche Umstände ohne Ausnahme für statthaft erklärt, zu der Meinung veranlaßt worden, daß durch dieses Gesetz jene Beschränkung bezüglich der bei Provocationsklagen statthaften Bescheinigungsmittel aufgehoben sei, und haben bei dergleichen Provocationsklagen des Eidesantrags als Beweismittel sich bedient, dabei sich auch auf mehrere dieselbe Ansicht vertretende bekannte Rechtslehrer berufen, namentlich auf:

Claproth, Einleitung in den ordentl. Proceß S. 383.
Kühner, Comm. ad legem 5. C. de ingen. manumiss. Cap. V. §. 13.
Schweitzer, über den Provocationsproc. S. 116.
Feust, in von Zu=Rheins Zeitschrift f. Theorie u. Praxis I. S. 46 ff.

Es hat aber das Fürstl. AGericht nach der sowohl in den Reichsgesetzen als in der A. S. Proceßordnung Tit. I. sub fine begründeten. durch die bisherige Praxis bestätigten Meinung der bewährtesten Rechtsgelehrten älterer und neuerer Zeit:

KGO. vom Jahre 1555 II. 25.
J. Reichsabschied §. 83. verglichen mit §. 79.
Wernher P. 1. Obs. 228.
Berger, electa proc. prov. §. 28.
Mevius P. III. Decis. 393.
Schaumburg, princip. prax. jurid. Lib. II. Cap. VI. §. 5. not. **.
Biener, systema proc. jud. §. 310. not. 5.
Glück, Pand. Commentar VI. S. 491 und in der Note angeführten Schriften,

die Eidesdelation zum Beweise der Diffamation im Provocationsprocesse für unstatthaft erachtet und hiernach entschieden.

Correspondenz. (Fortsetzung.) 32) St. in N.: Von der Beweislast bei der einem Darlehn beigefügten sogen. cassatorischen Clausel. — 33) Von S. in G.: Ist der Schwiegervater verbunden, seine Schwiegertochter zu alimentiren? — 34) Von B. in W.: Haben nach der Gesetzgebung des Großherzogthums Weimar=Eisenach die Polizeibehörden geschärfte Freiheitsstrafen wirksam anzudrohen? — 35) Von B. in N. mit Übersendung einer Schrift. Besonders beantwortet. — 36) Von H. in G.: Über Selbsthülfe. — 37) Von S. in D.: Zur Lehre von der Restitution wegen Termins=Versäumniß der Advocaten 2c.

Druck und Verlag von Fr. Frommann in Jena.